٤ر٢١٧
ت . ز

تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ، للزيلعي، عثمان ابن علي - ٧٤٣هـ. كتبه حجازي بن علي بن أطاسي سنة ٩٥٧هـ.

ج٢ (١٧٥ ق ؛ ٢٦ س ٢٩x٢٢ سم

٦٤٧٧

نسخة حسنة ، ناقصة الأول ، خطها نسخ معتاد ، طبع الاعلام ٤ : ٣٧٣ الظاهرية (الفقه الحنفي) (: ١١٧ .
١- المذهب الحنفي، فقه المذاهب الاسلامية

أ- المؤلف ب- الناسخ ج- تاريخ النسخ د- شرح كنز الدقائق .

١٧-٢-٨-١٤١٢هـ

٦-١٢١١٥

٢/١

ما اذا قال الموكل عزلتك فقال الوكيل بعته من فلان حيث لا يصدق لان بيعه مقارناً بعزله غير ممكن له
فلا يصدق ومسئلة الطلاق على الخلاف فلا يقع عنده كما لو قال لها انت طالق مع انقضاء عدتك والاصح انه يقع لاقراره
بالوقوع كما لو قال لها بعد انقضاء عدتها كنت طلقتك في العدة ولئن قال كان قولها يقتضي سبق الانقضاء وقوله
ايضا يقتضي سبق الرجعة فلا يكون مقارنا لانا نقول قوله راجعتك انشاء وهو اثبات امر لم يكن فلا يستدعي سبق
الرجعة وقولها انقضت عدتي اخبار وهو اظهار امر قد كان فيقتضي سبق الانقضاء ضرورة وتستحلف
المراة هنا بالاجماع والفرق لابي حنيفة بين هذه وبين الرجعة ان اليمين فايدتها النكول وهو بدل عنده
وبدل الامتناع من التزوج والاحتباس في منزل الزوج جائز بخلاف الرجعة وغيرها من الاشياء الستة فان
بدلها لا يجوز فيها ثم اذا نكلت تثبت الرجعة بناء على ثبوت العدة لنكولها ضرورة كما ثبت النسب بشهادة
القابلة بناء على شهادتها بالولادة قال ولو قال زوج الامة بعد العدة راجعتك فيها فصدقه سيدها
وكذبته او قالت مضت عدتي وانكرا فالقول لها اي لو قال زوج الامة بعد انقضاء عدتها كان القول قولها
عدتها راجعتها في العدة فصدقه مولاها وكذبته الامة او اختلفوا في انقضاء عدتها فقالت انقضت وانكر
الزوج والمولى انقضائها كان القول قولها في المسئلتين اما في الاولى فالمذكور هنا قول ابي حنيفة وقالا
القول قول المولى لان البضع ملكه وهو خالص حقه وقد اقر به لغيره فيصدق كما اقر عليها بالنكاح
وهي تنكر بل اولى لان البقاء اسهل من الابتداء وهذا لان الاقرار تصرف في البضع فيستبد به المولى كانشاء النكاح
وله ان الرجعة تبتني على قيام العدة والقول في العدة قولها فكذا ما يبتني عليها ولا نسلم انه يملك البضع ما دامت
في العدة بل هو كالاجنبي فيه بخلاف الاقرار بالنكاح والانشاء فيه لان ملكه فيه ثابت عند التصرف فينفذ ولو
كان على القلب بان كذبه المولى وصدقته الامة فالقول قول المولى ولا تثبت الرجعة اجماعا في الصحيح اما عندهما فظاهر
واما عند ابي حنيفة فلانها منقضية العدة في الحال فظهر ملك المولى في البضع فلا يقبل قولها في ابطاله بخلاف
الاول لان المولى بالتصديق في الرجعة مقر بقيام العدة عندها ولا يظهر ملكه مع العدة وقيل هي ايضا على
الخلاف وقيل لا يقضي بشيء حتى يتفق المولى والامة واما في الثانية فلانها اعرف بحالها وهي امينة فيه فيقبل
قولها دون المولى ولهذا يقبل قولها اني حائض في حق حرمة الوطي عليهما وفي حق الصلاة والصوم قال
وتنقطع ان طهرت من الحيض الاخير لعشرة وان لم تغتسل ولاقل لا حتى تغتسل او يمضي وقت صلاة اي
تنقطع بانقطاع الدم من الحيض الاخيرة الثالثة لعشرة ايام وان لم تغتسل ولا تنقطع حتى تغتسل ان انقطع لاقل
من العشرة لان الحيض لا مزيد له على العشرة فبتمامها نحكم بطهارتها وانقضاء العدة طهرت او لم تطهر وانما
شرط الطهارة فيه اعتبارا للغالب او يكون معناه ان طهرت لتمام العشرة اي لاجل انها تمت لا لانقطاع الدم
لانه لا يشترط فيه الانقطاع لان ما زاد عليها استحاضة فوجود الانقطاع بعد تمام العشرة كعدمه الا انه ان

انقطع لعشرة تنقطع الرجعة
في الحال وان لم ينقطع وكان لها
عادة ترد الى عادتها فيتبين ان
الرجعة انقطعت من ذلك الوقت
وفيما دون العشرة تحتمل عود الدم
الدم فلا بد ان يعتضد الانقطاع
باخذ شيء من احكام الطهارات وذلك
بالاغتسال لانه تحل لها القراءة ودخول
المسجد والصلاة وغيرها او بمضي
ادنى وقت صلاة وهو قدر ما تقدر
على الاغتسال والتحريمة وما دون

ذلك يلحق بمدة الحيض وقال زفر لا تنقطع الرجعة ما لم تغتسل لان دمها يتوهم عوده وقد قال بعض الصحابة رضي
الزوج احق برجعتها ما لم تغتسل قلنا الموهوم لا يعارض المحقق كما اذا اغتسلت وهذا لان الاغتسال انما انقطعت
به الرجعة لانها اخذت شيئا من احكام الطاهرات كما ذكرنا وهذا المعنى موجود بمضي الوقت عليها لان الصلاة
تجب عليها وهي من احكام الطاهرات فيتعدى اليها بخلاف ما اذا كانت كتابية حيث تنقطع الرجعة عنها بمجرد انقطاع
الدم وان كان لاقل من عشرة وتحل قد بانها وان توهم عود الدم لان القياس ان لا يعتبر للموهوم اصلا ولا
يعارض المحقق الا انا تركناه في المسلمة بالاثر فبقي في حق الكافرة على الاصل ولان الامارة الزائدة متعذرة
في حقها فلا تعتبر بخلاف المسلمة ولو اغتسلت بسور الحمار مع وجود الماء المطلق انقطعت الرجعة لكونها لا تصلي به
حتى تغتسل بماء اخر وتتيمم لاحتمال نجاسة ذلك الماء احتياطا قال او تتيمم وتصلي اي لا تنقطع الرجعة حتى تتيمم
وتصلي به وهو معطوف على قوله ولاقل لا حتى تغتسل الى اخره ولا فرق بين ان يكون الصلاة فرضا او تطوعا وقال
محمد تنقطع الرجعة بمجرد التيمم وهو القياس لان التيمم عند عدم الماء بمنزلة الاغتسال بالماء بدليل جواز الصلاة
وجواز دخول المسجد وغيره من الاحكام به ولا فرق بين الحكم بجواز صلوة اديت بالاغتسال وبين الحكم بجواز الاقدام
على ادائها بالتيمم اذ كل واحد منهما يشترط به الطهارة فاذا كان التيمم كالاغتسال في حق الاحكام فكذا في حق هذا الحكم
بل اولى لان انقطاع الرجعة يوخذ فيه بالاحتياط الا ترى انها لو اغتسلت وبقيت لمعة في جسدها لم يصبها الماء
او اغتسلت بسور الحمار انقطعت الرجعة وان لم تحل لها اداء الصلوة ولهما انه طهارة ضرورية لكونها تلويثا حقيقة
وهذا لانه لا يرفع الحدث بيقين حتى لو وجد الماء كان محدثا بالحدث السابق وانما جعل طهارة حكما ضرورة الحاجة
الى اداء الصلوة كيلا تتضاعف الواجبات عليها والثابتة ضرورة يتقدر بقدرها وهي اداء الصلوة وتوابعها من دخول المسجد
وتلاوة القران فكان في حق الرجعة عدما الا اذا حكمنا بجواز الصلوة بالاداء فيلزم الحكم بطهارتها ضرورة صحة الصلاة
لانها لا تصح الا من الطاهرات فيلزم انقطاع الرجعة ضرورة حكمنا بها وقبل الاداء لا الحكم لها بشيء لان حل الاقدام على
الاداء ~~الحكم لها بشيء لان حل الاقدام على الاداء~~ مشروط باستمرار العجز ولهذا تعيد الصلوة اذا وجدت الماء في خلال الاداء
وقولهم حل لها الصلوة بالتيمم كقولهم حل لها الصلاة اذا طهرت فلا ينافي شرطا اخر بخلاف ما اذا اغتسلت وبقي في جسدها لمعة
لان انقطاع الرجعة هناك لتوهم وصول الماء ~~بان تذكرته عمدا~~ الى ذلك الموضع وسرعة الجفاف فكانت طهارة مطلقة قوية
حتى لو تيقنت بعدم وصول الماء اليه بان تذكرته عمدا لا تنقطع ايضا وبخلاف الاغتسال بسور الحمار لانه ماء حقيقة فيكون
مطهرا مطلقا لكنها تومر بضم التيمم اليه في حق الصلوة احتياطا لاشتباه الحال فيه ثم قيل تنقطع الرجعة بنفس الشروع في
الصلاة في الحال عندهما والصحيح انها لا تنقطع حتى تفرغ من الصلاة لان الحال بعد الشروع في الصلاة كالحال قبله الا ترى انها
تبطل برؤية الماء بخلاف ما بعد الفراغ منها ولو قرات القران بعد التيمم او مست المصحف او دخلت المسجد قال الكرخي تنقطع الرجعة
لان صحة القراءة وجواز مس المصحف حكم من احكام الطاهرات كجواز الصلاة وقال ابو بكر الرازي لا تنقطع الرجعة لانها اتباع للصلاة
فيعطى لها حكمها قال ولو
اغتسلت ونسيت اقل من عضو تنقطع
ولو عضوا لا وهذا استحسان والقياس
في العضو الكامل ان تنقطع الرجعة لانها
غسلت الاكثر وللاكثر حكم الكل وفي ما دون العضو
لان الرجعة لا تبقى فيما دون العضو ايضا فرقنا من اخر
لان حكم الحدث لا يتجزى زوالا كما لا يتجزى ثبوتا
فبقيت على ما كانت قبل الاغتسال ولهذا لم يحل لها
من الاحكام ما لا يجوز للحائض وفي المبسوط
العضو وما دونه سواء غير ان ابا
حنيفة استحسن ولم يذكر
موضع القياس
والاستحسان

وهما مرضه اي الشرط فقط او بفعلها ولا بد لها منه وهما في المرض او الشرط ورثت وفي غيره لا وهذه المسئلة
على اربعة اوجه اما ان يعلق الطلاق بمجيء الوقت او بفعل اجنبي او بفعل نفسه او بفعل المرأة وكل وجه على وجهين
اما ان كان التعليق في الصحة والشرط في المرض او كانا في المرض اما الوجهان الاولان وهو ما اذا علقه بمجيء الزمان
او بفعل الاجنبي فان كان التعليق في الصحة والشرط في المرض لم ترث وقال زفر ترث لان المعلق بالشرط كالمرسل
عند وجود الشرط فكان تطليقا بعد تعلق حقها بماله ولنا انه كالمنجز عنده حكما لا قصدا ولهذا لو وجد الشرط وهو
مجنون يقع ولو كان قصدا لما وقع لعدم القصد منه وكذا لو حلف ان لا يطلق بعد ما علق طلاقها بشرط ثم وجد الشرط
لا يحنث ولو كان قصدا ~~لما وقع لعدم القصد منه وكذا لو حلف ان لا يطلق بعد ما علق طلاقها~~ يحنث ولانه لم يوجد
منه صنع بعد تعلق حقها بماله ولا هو متمكن من منع فعل الاجنبي ومجيء الزمان فلم يكن متعديا والفرار بال
تعدي ولهذا اشترط في المختصر ان يكونا في المرض بقوله والتعليق والشرط في مرضه واما الوجه الثالث وهو ما
اذا علقه بفعل نفسه فترث كيف ما كان اذا وجد الشرط في المرض سواء كان التعليق في الصحة او في المرض وكان
الفعل مما له منه بد او لا بد له منه لانه صار قاصدا ابطال حقها بالتعليق والشرط او بالشرط وحده لان للشرط
شبها بالعلل لان الوجود عنده فصار متعديا من وجه لصيانة حقها واضطراره لا يبطل حق غيره كما في اتلاف
الغير حالة الاضطرار والنوم واما الوجه الرابع فهو ما اذا علقه بفعلها فان كان فعلا ليس لها منه
بد لم ترث مطلقا سواء كان التعليق والشرط في المرض او كان التعليق في الصحة والشرط في المرض لانها رضيت بالشرط
والرضا به يكون رضا بالمشروط فلا يلزم على هذا ما اذا قال احد الشريكين لصاحبه ان ضربت هذا العبد فهو حر
فضربه كان على الضارب ان يضمن للحالف مع رضاه بالشرط لانه انما يعدم بعد التسليم الارث يثبت بماله شبهة
العدوان فيبطل بماله شبهة بالرضا ولا كذلك الضمان وذكر في النهاية الرضا بالشرط انما يكون رضا بالمشروط اذا
كان الاقدام على الشرط باختياره ومسئلة الضرب موضوعة فيما اذا قال ان لم اضربه اليوم فهو حر وقال شريكه
ان ضربته فهو حر وكان مضطرا في الضرب فلا يكون الرضا به رضا بالعتق وان لم يكن لها منه بد كالاكل والشرب
وكلام الابوين وقضاء الدين واستيفائه ترث مطلقا سواء كانا في المرض او كان التعليق في الصحة والشرط في المرض
خلافا لمحمد رحمه الله فيما اذا كان التعليق في الصحة والشرط في المرض هو يقول ان الزوج لم يباشر العلة بعد ما تعلق
حقها بماله ولا الشرط فلا يكون متعديا به ويثبت الفرار بالتعدي والحاصل في الباب ان رضاها قد انعدم باعتبار انها
لم تجد منه بدا وكذا لا يجعل فارا الا اذا كان التعليق في المرض لوجود التعدي منه فيرد عليه وهما يقولان انها مضطرة
في تحصيل الشرط من قبل الزوج لانها ان لم تقدم تخاف على دينها او على نفسها وان قدمت يسقط حقها وهذا الاضطرار
من جهته فينقل اليه كما ينقل الى المكره والى الشاهد حتى لا يجب على القاطع شيء عند رجوعهم ولا على المكره فان قيل
الضرورة التي توجب نقل الفعل هي الضرورة الحاملة عليه وهذه ضرورة مانعة لان غرضه المنع من تحصيل الطلاق
فكيف ينقل اليه قلنا الانتقال
الضرورة تثبت بشبهة الفعل
وهذا القدر كاف لهذا الحكم لثبوته
لشبهة العدوان وذكر في
الاسلام في مبسوطه ان التعليق
في هذه المسئلة ما قاله محمد وهاهنا
اذ هي ما علقه بمجيء الزمان
او بفعل الاجنبي مشتركة
لا ترث الا ان يوجد التعليق
والشرط في المرض كما ذكرنا
في المختصر وان علقه بفعل
نفسه تشترط فيه

بالتعليق والشرط او الشرط وحده في المرض وهو المراد بقوله في المختصر وان علقه بفعل نفسه وهما في المرض او الشرط
فقط او ان علقه بفعلها الذي لا بد لها منه وان يكون التعليق والشرط او الشرط وحده في المرض وهو المراد
بقوله وهما في المرض او الشرط وقوله في غيرها اي في غير هذه الصور التي ذكرنا لا ترث وهو ما اذا كان التعليق
والشرط في الصحة كلاهما او كان التعليق في الصحة فيما علقه بفعل الاجنبي او بمجيء الوقت او كيف ما كان اذا علقه بفعلها
الذي لها منه بد فانها لا ترث في هذه الصور كلها قال ولو ابانها في مرضه فصح فمات او ابانها فارتدت
فاسلمت فمات لم ترث اما الاول فلانه بالبرء تبين انه ليس بمرض الموت وان حقها لم يتعلق بماله اذ مرض
الموت هو الذي يتصل به الموت وما يبرئ منه ليس بمرض الموت ولهذا تعتبر تبرعاته فيه من جميع المال
وكذا اذا اخذ بالدين لا يقدر على غير الصحة وقال زفر ترث لانه صار فارا بالفرار حين طلقها ظانا انه مرض
الموت فصار متعديا به والعبرة بالبرء والمتخلل بعده والحجة عليه ما بينا واما الثانية فلانها بالارتداد ابطلت
اهلية الارث اذ المرتد لا يرث احدا ولانها انما ترث بتقدير بقاء النكاح في حق استحقاق الارث فلم يبق النكاح سببا في
حق الارث في حقها فبطل من كل وجه فاذا اسلمت بعد ذلك لا يمكن عود السبب بخلاف النفقة حيث تعود اذا اسلمت
لان سقوطها لفوات الاحتباس بحبس الزوج لانها تكون محبوسة بحبس القاضي فاذا اسلمت عادت الى الحبس قال
وان طاوعت ابن الزوج او لاعن او آلى مريضا ورثت اما المطاوعة فالمراد بها المطاوعة بعد ما ابانها اما اذا
وقعت الفرقة بالمطاوعة لا ترث لان الفرقة من جهتها فلم يكن فارا وكذا اذا طلقها رجعيا ثم طاوعت لا ترث
لما قلنا ان الرجعي لا يزيل النكاح فتكون الحرمة مضافة الى المطاوعة وهو فعلها باختيارها بخلاف ما اذا طاوعت
بعد ما ابانها لان الحرمة تثبت بفعله فصار فارا لتعلق حقها بماله فلا يبطل بثبوت الحرمة لانها لا تنافي الارث
بخلاف الردة بعد الابانة لانها تنافي اهلية الارث اذ المرتد لا يرث احدا واما اللعان فلان الفرقة جاءت بسبب قذف
وجد منه فكان فارا ولا فرق بين ان يكون القذف في المرض او في الصحة وقال محمد اذا قذفها في الصحة ولاعنها في المرض
لا ترث وهذا ملحق بفعلها الذي لا بد لها منه اذ هي ملجأة الى اللعان لدفع عار الزنا عن نفسها وتحديد الوجه من الجانبين
بيان انه ملحق به ان الطلاق يقع بلعانهما وهي احد المتلاعنين فيضاف الحكم اليه ولا يقال ان الفرقة تقع بقضاء القاضي
فكيف يضاف الى فعلها لانا نقول اللعان شهادة عندنا والحكم بها الى القضاء لانه ملجأ فكان منسوبا اليه وهي مضطرة
فيه فلا يبطل حقها به واما الايلاء فالمراد به اذا آلى في المرض ومضت المدة وهو مريض واما اذا آلى في المرض ومضت
وهو مريض واما اذا آلى وهو صحيح وبانت بمضي المدة وهو مريض فلا ميراث لها ونبه عليه بقوله او لاعن او آلى مريضا
وانما كان كذلك لان الايلاء بمنزلة تعليق الطلاق بمضي الزمان فكانه قال لها اذا مضى اربعة اشهر فانت بائن
وقد بينا الحكم فيه فان قيل في الايلاء في الصحة ينبغي ان يكون فارا لانه متمكن من ابطاله بالفيء فاذا لم يفيء حتى بانت كان قاصدا
لابطال حقها فيرد عليه قصده فترث كما اذا وكل وكيلا في الصحة فطلقها الوكيل في مرض الموكل فانها ترث لانه جعله مباشرا
لتمكنه من العزل فلما لم يعزل
من الفيء الا بعذر وهو وجوب
الكفارة عليه فلم يكن متمكنا مطلقا
بخلاف مسألة الوكيل لانه متمكن
من عزله صح ولم يقدر على ابانتها
لم ترث ذكره في المنتقى قال وان آلى
صحة وبانت به في مرضه لا اي ابانته
بالايلاء في مرضه لا ترث وقد بيناه
من قبل والله اعلم

باب الرجعة

والاستحسان وعند ابي يوسف ان القياس والاستحسان في العضو الكامل وعند محمد فيما دون العضو وجه الاستحسان
وهو الفرق بين العضو وما دونه ان ما دون العضو يتسارع اليه الجفاف لقلته فلا يتيقن بعدم وصول الماء اليه
فقلنا تنقطع الرجعة احتياطا ولا تحل لها التزوج بزوج آخر حتى تغتسل ذلك الموضع احتياطا ايضا لان الماء لم يصل
اليه ظاهرا بخلاف العضو الكامل لانه لا يغفل عنه عادة ولا يتسارع الجفاف اليه غالبا فبقيت على ما كانت وهو القياس فيما
دون العضو بان تركته عمدا لا تنقطع الرجعة ايضا لما قلنا ذكره في المحيط ولو اغتسلت وتركت المضمضة والاستنشاق
لا تنقطع الرجعة عند ابي يوسف لبقاء عضو كامل وعنده انها تنقطع وبه قال محمد احتياطا للشبهة للخلاف لانهما
سنتان في الاغتسال عند البعض فكان الاحتياط في الانقطاع قال ولو طلق ذات حمل او ولد وقال لم اطأها
راجع اي لو طلق امرأته وهي حامل او بعد ما ولدت في عصمته وقال لم اجامعها فله الرجعة لان الحبل متى ظهر
في مدة يتصور ان يكون منه بان ولدته لستة اشهر فصاعدا من يوم التزوج جعل منه لقوله عم الولد
للفراش وللعاهر الحجر فكان ذلك دليل الوطء منه وكذا اذا ولدت في عصمته في مدة يتصور ان يكون من يوم التزوج
جعل منه حيث يثبت نسبه منه بان ولدت لستة اشهر فصاعدا في الموضعين فتاكد الملك والطلاق في الملك المتاكد
يعقبه الرجعة ويبطل زعمه بتكذيب الشرع له ولهذا يثبت به الاحصان مع ثبوت تغليظ العقوبة به عنده فهذا
اولى وشرطه ان يكون الولادة قبل الطلاق بقوله ذات حمل او ولد لانها لو ولدت بعده تنقضي به العدة فتستحيل الرجعة
فان قيل وجب ان لا يكون له حق الرجعة لانكاره ذلك وكونه مكذبا شرعا ضرورة لثبوت النسب فلا يوجب بقاء
حقه كرجل اقر بعين في يد غيره لانسان ثم اشتراها منه ثم استحقت من يده ثم حصلت اليه بسبب من الاسباب يؤمر بتسليمها
الى المقر له وان كان مكذبا شرعا بالحكم للمستحق ثم بصحة الانتقال اليه قلنا لم يتعلق باقراره هنا حق الغير والموجب
للرجعة ثابت وهو الطلاق بعد الدخول فوجب ان يكون له حق الرجعة بخلاف الاقرار لانه تعلق به حق الغير
فلا يبطل حقه بزعم ان المستحق ظالم ولها اخوات كلها تخرج على هذا الفرق منها اذا ادعى ان فلانا اعتق عبده
او قال هو حر الاصل وكذبه مولاه ثم اشترى المقر العبد حكم بحريته وان صار مكذبا بالشرع بالحكم بصحة شرائه
فان قيل قوله لم اجامعها صريح في عدم الجماع وثبوت النسب دليل الجماع والصريح يفوقها فكان اولى قلنا
الدلالة من الشارع اقوى من الصريح الصادر من العبد لاحتمال الكذب منه دون الشارع قال وان خلا بها
وقال لم اجامعها ثم طلقها لا اي لا يملك الرجعة لان الرجعة تثبت في الملك المتاكد بالوطء وقد انكره فيصدق
في حق نفسه اذ لم يكن مكذبا شرعا ولا يلزم من وجوب المهر ووجوب العدة لان تاكد المهر يبتني على تسليم المبدل
وهو التخلية ورفع الموانع لان ذلك وسعها ولا يشترط فيه حقيقة القبض لعجزها عنه ولو شرط لتضررت وتجب العدة احتياطا
لاحتمال الوطء فلم يكن القضاء بهما قضاء بالدخول فلم يتاكد الملك والرجعة لا تملك الا في الملك المتاكد بخلاف المسألة
الاولى لان القضاء بثبوت النسب قضاء بالدخول فيكون الملك متاكدا فيملك الرجعة ضرورة تاكده ولا يعتبر انكاره لانه
مكذبا شرعا على ما مر بيانه
قال وان راجعها ثم ولدت
لاقل من عامين صحت تلك الرجعة
اي اذا راجعها صحت تلك الرجعة
خلا بها ثم طلقها بعد ما قال لم اجامعها
فاتت بعد الرجعة بولد لاقل من سنتين
من وقت الطلاق صحت تلك الرجعة
وجعل ثبت النسب للولد منه وظهر
ان العلوق كان سابقا على الطلاق
تنزل واطئا فيكون به مكذبا شرعا
فصار كالمسألة المتقدمة
قال فان طلق فولدت ثم ولدت
آخر فهي رجعة اي لو قال لامرأته
ان ولدت فانت طالق فولدت

ولداً آخر بعد ستة اشهر من وقت الولادة الاولى وهو المراد بقوله من بطن آخر صارت مراجعة لانه وقع عليها الطلاق
بالولادة الاولى لوجود الشرط ووجبت العدة عليها فيكون الولد الثاني من علوق حادث لوجود اقل مدة الحمل فيحمل على
انه منه لان الظاهر انتفاء الزنا منها فيكون مراجعة بالوطء الحادث وان جاءت به لاكثر من سنتين ما لم تقر
بانقضاء عدتها بخلاف ما اذا كان بين الولدين اقل من ستة اشهر حيث لا تكون مراجعة لان الثاني ليس بحادث
بعد الولد الاول لان الطلاق وقع عليها بالولد الاول وهي حامل بالثاني فتنقضي بوضعه العدة نظيره ما اذا
طلقها فجاءت بولد لاقل من سنتين ونظير الاول ما اذا جاءت به لاكثر من سنتين **قال** كلما ولدت فانت
طالق فولدت ثلاثة من بطون فالولد الاول والثاني رجعة لانها بالولادة الاولى وقع عليها الطلاق لوجود
الشرط فصارت عدتها بالاقراء ثم اذا جاءت بولد آخر من بطن آخر بان جاءت به بعد ستة اشهر ولو كان لاكثر
من سنتين ما لم تقر بانقضاء عدتها علم انه من علوق حدث فيثبت به الرجعة ويقع طلقة اخرى بولادته
فتحرم عليه حرمة غليظة وتكون عدتها بالاقراء ولو جاءت بعد ذلك بولد في بطن لا تثبت المراجعة لعدم تصورها
فان قيل القول بالرجعة في الثانية حقيقة وحكماً ولا يثبت نسبه منه لان وطئها حرام عليه الا اذا ادعاه على ما يجيء
من ثبوت النسب ان شاء الله تعالى فان قيل القول بالرجعة في الثانية والاولى ايضا يؤدي الى حمل فعلها على الحرام
على نقض رجوعه وهو ما اذا ولدت بعد النفاس لاقل من ستة اشهر من وقت الولادة لاكثر منه فانه يؤدي الى
وطئها في النفاس وهو حرام والمسلم لا يفعل الحرام قلنا لم يتعين ذلك لان دم النفاس قد لا يمتد وقد لا يوجد
اصلاً فيمكن وطئها والدم منقطع بل الظاهر لما قلنا وعليه ثبوت النسب واجبة فلا يعدل عنها بالاحتمال ولان
في قطعه عن حمله على انه من الزنا وهو اشد حرمة من الاول وقوله في بطون يحترز به عما اذا كانوا في بطن واحد
وهو ما اذا كان بين الولادتين اقل من ستة اشهر لانها بوضع الاول يقع عليها طلقة لوجود الشرط وهي
حامل بالثاني والثالث فيكون عدتها بوضع الحمل فاذا وضعت الثاني وقع عليها طلقة اخرى لما قلنا وعدتها باقية
على حالها لانها حامل بالثالث ثم اذا وضعت الثالث انقضت عدتها بولادته ولم يقع عليها شيء وان وجد الشرط لان
الطلاق لا يقع مقارناً لانقضاء العدة ولهذا لو لم تلد الثالث لم تقع الثانية ايضا لانقضاء العدة بالثاني فلا يقع
مقارناً لانقضائها وانما يقع اذا كانت حاملاً بالثالث لبقاء العدة الى وضع الثالث حتى لو كانت هنا ايضا حاملاً
بالرابع تقع الثالثة لما ذكرنا **قال** والمطلقة الرجعية تتزين لان النكاح بينهما قائم والتزين للازواج
مستحب ولانه حامل على الرجعة وهي مستحبة وقال القدوري تتزين وتتشوف والتزين عام في البدن والتشوف
في الوجه خاصة وهو من شفة الشيء جلوته ودينار مشوف اي مجلو **قال** ويندب ان لا يدخل عليها حتى
يؤذنها اي يعلمها بخفق النعل او التنحنح ونحو ذلك معناه اذا لم يكن من قصده ان يراجعها فيخاف ان يقع بصره على
موضع يصير به مراجعاً فيحتاج الى الطلاق فتطول عليها العدة فيلزمها الضرر بذلك **قال** ولا

يسافر بها وقال زفر له ان يسافر بها لان النكاح
بينهما قائم فصار كما ان لم
يطلقها ولان المسافرة
تكون رجعة دلالة لكونها
طلباً بدونها والنهي عن الاخراج
والخروج فظاهر عادة اختيار
يحرم فصار كالوطء في النكاح
الموقوف ولنا قوله تعالى لا تخرجوهن
من بيوتهن ولا يخرجن الاية
نزلت في الطلاق الرجعي بدليل
سياقه وسياقه قوله تعالى
فطلقوهن وقوله تعالى
لعل الله يحدث بعد ذلك
امرا فلو كانت

المسافرة رجعة لما نهي عنها لكونها مندوباً اليها والانهاء عنه ان لان احدهما منهي عنه والاخر مندوب
به فلا يكون احدهما اولى من الآخر وتعليله مخالف للنص فيكون مردوداً وقوله يكون رجعة دلالة
لكونها حراماً بدونها الى آخره لا يبطل باخراجها الى ما دون السفر فانه حرام للنهي ايضا ومع هذا لا يكون
رجعة والدلالة فعل يختص بالنكاح والمسافرة لا تختص به الا ترى انها تجوز لها مع المحرم فصار كالخلوة من
الخروج الى ما دون السفر لان تراخي عمل المبطل هو الطلاق للحاجة الى المراجعة فاذا لم يراجعها حتى انقضت العدة
ظهر انه لا حاجة له اليها فظهر ان المبطل عمل عمله من وقت وجوده ولهذا تحتسب الاقراء من العدة ولو كان النكاح
باقياً احتسبت اذ العدة لصيانة الماء وصيانة الماء بالنكاح ابلغ منه بالعدة فصار كالبيع بشرط الخيار حيث تاخر
عمله الى الفسخ فاذا لم يفسخ حتى مضت المدة عمل البيع عمله من وقت وجوده حتى استحق المشتري زوائده الحاصلة
في مدة الخيار فلا يلزمنا افساد عمله في حق حرمة الخلوة بهما لان الخلوة من مقدمات السكنى فلا يمكن اباحتها بدون
حلها مطلقاً وهذا على ما ذكره شمس الائمة ان الخلوة بها لا تكره الا اذا خاف ان يراجعها بغير اشهاد وهو
مكروه وغيره اطلق الكراهية فيها فعلى هذا لا فرق بينهما **قال** والطلاق الرجعي لا يحرم الوطء وقال الشافعي يحرمه
لان الزوجية يدل على بقاء القيد وبينهما منافاة فانعدمت الزوجية بحدوثه ولهذا تحتسب الاقراء من العدة
ومع بقاء النكاح لا تحتسب **ولنا** قوله تعالى وبعولتهن احق بردهن سماه بعلاً وهو الزوج وجعله احق بردها
فدل ذلك على بقاء النكاح لان احداً لا يقدر على تملك الاجنبية بغير رضاها والرد لا يدل على الزوال وانما هو عبارة
عن ردها الى حالتها الاولى لانها كانت بحيث تبين بثلاث حيض فبالطلاق حصل لها ذلك ثم بالرجعة ردها
الى حالتها الاولى كرد المبيع بخيار البائع على ما بيناه من قبل وكذا قوله تعالى فامسكوهن بمعروف يدل على بقاء الامساك
اذ الامساك هو الاستدامة ولهذا تناولها لفظة الازواج في آية المواريث واللعان وفي عدة الوفاة حتى يجري
التوارث واللعان بينهما ووجوب عدة الوفاة عليها وكذا لفظة نسائهم تناولها في آية الظهار والايلاء
والطلاق حتى لو ظاهر منها او آلى صح واعتبر طلاقها في العدة وكذا تناولها قوله تعالى نساؤكم حرث لكم فاتوا حرثكم
انى شئتم وما ذكر من المعنى من ان الطلاق يرفع القيد الى آخره لا يستقيم لان عامل القاطع متأخر بالاجماع بدليل
ما ذكرنا من الاحكام ولو كان كما ذكره لما ثبتت هذه الاحكام فكان يشترط رضاها والولي والمهر ووقوع الطلاق
عليها الا في الحل كما بعد الرجعة فان الطلاق لا يرتفع بها وانما اثرها في ابطال العدة والحل باق والله سبحانه اعلم

فصل فيما تحل به المطلقة

قال وتنكح مبانته في العدة وبعدها اي له ان يتزوج التي ابانها
دون الثلاث ان كانت حرة وبالواحدة ان كانت امة في العدة وبعد انقضائها لان الحل الاصلي باق ما لم
يتكامل العدد والمنع الى انقضاء العدة لئلا تشتبه النسب ولا اشتباه في اباحته له فيباح له مطلقاً **قال**
لا المبانة بالثلاث لو حرة وبالثنتين لو امة حتى يطأها غيره ولو مراهقاً بنكاح صحيح وتمضي عدتها منه ولو
ولو كان ذلك الزوج صبياً مراهقاً
ولا تحل له اما اذا وطئها غيره
بملك يمين لقوله تعالى فان طلقها
فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره
والمراد المطلقة الثالثة
في الامة كالثالثة في الحرة والثنتان
منصوص عليها
الى المستقبل لان المراد به الاعتقاد
والتخصيص بخلاف ما اذا ...

بالفاسد ايضا لان المراد منه مجرد صحة الارضا غيننا ولهما و شرط ان يطاها الزوج الثاني لانه يثبت
باشارة الكتاب و بالسنة المشهورة و الاجماع اما الكتاب فلان النكاح المذكور فيه يحمل على الوطي حملا للكلام على
الافادة لا الاعادة اذ العقد استفيد باطلاق اسم الزوج هكذا ذكره الاصحاب وفيه نظر فان النكاح المنسوب الى
المراة يراد به العقد لتصوره منها دون الوطي لاستحالته منها ويمكن ان يقال فيجوز النسبة اليها مجازا كما
تسمى زانية مجازا بالتمكين منه كما تسمى زانية وفيه وهذا اقرب من حمله على العقد لان في حمله على العقد مجازين
احدهما ان النكاح حقيقة للوطي و مجاز للعقد كما تسمى زانية وفيه حمله عليه و الثاني ان فيه تسمية الاجنبي زوجا
باعتبار ما يؤول اليه وفيه حمل اللفظ على الاعادة ايضا وفي حمله على الوطي مجاز واحد وهو نسبة الوطي اليها
فكان اولى واما السنة فما روي عن عايشة رضوان رفاعة بن سموال القرظي طلق امراته تميمة بنت وهب
فبت طلاقها فتزوجت بعده بعبد الرحمن بن الزبير فجاءت رسول الله عم فقالت انها كانت تحت رفاعة
فطلقها ثلاث تطليقات فتزوجت بعبد الرحمن بن الزبير و الله ليس معه الا مثل هذه الهدبة واخذت
بهدبة من جلبابها عسيلتك و تذوقي عسيلته متفق عليه وعن بن عمر قال سئل نبي الله صلى الله عليه وسلم
عن الرجل يطلق امراته ثلثا فيتزوجها آخر فيغلق الباب و يرخي الستر ثم يطلقها قبل ان يدخل بها هل
تحل للاول فقال لا تحل للاول حتى يجامعها ويروى لا حتى تذوق عسيلته رواه احمد و النسائي وعن
عايشة رضوان النبي عم قال العسيلة هي الجماع وهذه الاحاديث مشهورة فجازت الزيادة بها على الكتاب على
تقدير ان يراد بالنكاح في الاية العقد وعلى تقدير ارادة الوطي تكون موافقة له فلا اشكال واما الاجماع
فلان الائمة قد اجتمعت على ان الدخول بها شرط الحل للاول ولم يخالف في ذلك الا سعيد بن المسيب و
الخوارج والشيعة وداود الظاهري وبشر المريسي وذلك خلاف لا اختلاف لعدم استناده الى دليل ولهذا
لو قضى به القاضي لا ينفذ والشرط الايلاج دون الانزال لانه كمال فيه ونهاية فكان قيدا او يشترط ان يكون
موجبا للغسل وهو التقاء الختانين وشرط الحسن البصري اشتراط الانزال فان العسيلة الانزال
والحجة عليه ما روينا وليس في العسيلة دلالة على الانزال وانما هي كناية عن لذة الجماع و الصبي المراهق وهو
الداني من البلوغ فيه كالبالغ وقيل الذي تتحرك آلته ويشتهي الجماع وانما شرط ذلك لانه عم شرط اللذة
من الطرفين وفسره في الجامع الصغير فقال غلام لم يبلغ ومثله يجامع جامع امراته وجب عليها الغسل
واحلها للزوج الاول وانما وجب عليها الغسل لالتقاء الختانين وهو سبب لنزول مائها والغسل على الصبي
لعدم الخطاب وانما يؤمر به تخلقا ليتعود به ويصيبه شجية له قبل بلوغه حتى لا يشق عليه عند وجوبه و المجنون
فيه كالعاقل والخصي الذي يقدر على الجماع يحلها للاول وذكر في الغاية ان تزوجت بمجبوب وحملت منه حلت
للاول وثبت به الاحصان خلافا لزفر وفي المبسوط في رواية ابي حفص ان كان المجبوب لا ينزل لا يثبت نسبه

ومن لطايف الحيل فيه

ان تتزوج المطلقة من عبد صغير يتحرك آلته ثم تملكه بسبب من الاسباب
بعد ما وطيها فينفسخ النكاح بينهما ووطي المولى لا يحلها لانه ليس بزوج وهو الشرط بالنص وكذا
لا تحل له بملك اليمين ما لم تتزوج بزوج آخر حتى لو كانت تحته امة فطلقها ثنتين ثم اشتراها او كانت
تحته حرة فطلقها ثلثا ثم ارتدت ولحقت بدار الحرب ثم استرقها لم تحل له حتى تتزوج بزوج آخر و
يدخل بها لما تلونا ونظيره اذا ظاهر من امراته او لاعنها او فرق بينهما ثم ارتدت والعياذ بالله ولحقت
بدار الحرب ثم استرقت وملكها الزوج الاول لم تحل له ابدا قال وكره بشرط التحليل وان حلت اي
يكره التزوج بشرط ان يحللها الذي يريد به بشرط التحليل بالقول بان قال تزوجتك على ان احللك له او قالت
المراة ذلك اما لو نويا ذلك في قلبهما ولم يشترطاه بالقول فلا عبرة به ويكون الرجل ماجورا بذلك
لقصده الاصلاح وقال ابو يوسف لا ينعقد النكاح بشرط التحليل للاول ولا تحل له لان هذا في معنى
شرط التوقيت فيكون في معنى المتعة فيبطل ولهذا قال عمر بن الخطاب رضو لا اوتى بمحلل الا رجمتها وقال
بن عمر لا يزالان زانيين ولو مكثا عشرين سنة وقال عثمان بن عفان ذلك السفاح ولهذا لعنه رسول الله
عم وقال محمد يصح النكاح ولا تحل للاول لانه ليس بتوقيت للنكاح ولكنه استعجل بالمحظور ما هو موخر
شرعا فيعاقب بالحرمان كقتل المورث ولابي حنيفة قوله عليه الصلاة والسلام لعن الله المحلل والمحلل له
وهذا الحديث يقتضي صحة النكاح والحل والكراهية ولان النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة فيصح ويحل للاول
ضرورة صحته ولا معنى لما ذكره محمد ثم قيل انما اللعن مع حصول الحل لان التماس ذلك واشتراطه في العقد
هتك المراة واعارة النفس في الوطي لغرض الغير فانه انما يطاها ليعرضها لوطي الغير وهو قلة حمية و
لهذا قال عم هو التيس المستعار وانما كان مستعارا اذا سبق التماس من المطلق وهو محمل الحديث و
قيل اراد به طالب الحل من نكاح المتعة والموقت وسماه محللا وان لم يحلل لانه يعتقده ويطلب الحل منه واما
طالب الحل من طريقه لا يستوجب اللعن ولو ادعت المراة دخول المحلل صدقت وان انكره هو وكذا على العكس
ولو خافت المراة ان لا يطلقها المحلل فقالت زوجتك نفسي على ان الامر بيدي اطلق نفسي كلما اردت فقبل
جاز النكاح وصار الامر بيدها قال ويهدم الزوج الثاني ما دون الثلث وهو قول بن عباس وبن
عمر رضو وقال محمد وزفر والشافعي لا يهدم وهو قول علي وعمر رضي الله عنهما لان للزوج الثاني غاية
للحرمة الحاصلة بالثلث بالنص لان كلمة حتى للغاية حقيقة ولم يوجد المغيا وهو الحرمة الغليظة لانها معلقة
بالثلاث وببعض اركان العلة لا يثبت به شيء من الحكم فلا يصير الزوج الثاني غاية قبل وجودها لاستحالة وجود
الغاية ولا مغيا الا ترى انه لو قال اذا جاء راس الشهر فوالله لا اكلم فلانا حتى استشير ابي فاستشاره قبل مجيء
راس الشهر لان الاستشارة غاية للحرمة الثابتة باليمين فلا يعتبر قبل اليمين لان الغاية للانتهاء وانها قبل

لانه جزؤه فتبين بهذا ان كلمة حتى هنا ليست للغاية حقيقة وانما هي مجاز كقوله تعالى ولا جنبا الا عابري
سبيل حتى تغتسلوا فان الاغتسال موجب للطهارة رافع لحدث الجنابة لا ان يكون غاية للجنابة لانه حكم حرمة الصلاة
تثبت مؤبدة لا الى غاية كحكم زوال الملك لا يثبت موقتا ولكن يرتفع بوجود ما يرفعه وهو النكاح وكذا ملك النكاح
يثبت مؤبدا ويرتفع برافع فاذا ثبت انه موجب للحل فانما يوجب حلا لا يرتفع الا بثلاث تطليقات وهو غير موجود
بعد التطليقة والتطليقتين فيثبته بل اولى لان تكميل الوصف اسهل من اثبات الاصل وكذا رفع ما يعرض للثبوت
اولى من رفع الثابت فان قيل سماه محللا لانه شرط الحل لا لانه موجب له قلنا ذلك مجاز فلا يصار اليه الا بدليل فان
قيل قد قام الدليل على ان المجاز هو المراد اذ الحل ثابت بما قلتم وتحصيل الحاصل محال قلنا ان لم يقبل المحل اثبات اصل
الحل يقبل اثبات وصفه وهو التكميل في الحل لانه ناقص بالطلقة والطلقتين وما يصلح مثبتا لاصل الشيء صلح مثبتا
لوصفه بل اولى على ما تقدم او نقول ان الزوج الثاني مثبت للحل الجديد وهو غير موجود وان كان اصل الحل ثابتا
في المحل ولا يقال لو كان رافعا للحرمة ومثبتا للحل لعادت منكوحة وحلت له بعد اصابة الثاني من غير تجديد عقد
النكاح لانا نقول لو كان غاية ايضا يلزم ذلك ثم نقول المراد باثبات الحل انما هو الحل الاصلي وهو جواز ابتداء
عقد النكاح عليها وكذا المراد برفع الحرمة انما هي الحرمة التي تثبت بالطلقات الثلاث لا الحرمة التي تثبت لاجل عدم التزوج
قال ولو اخبرت مطلقة الثلاث بمضي عدته وعدة الزوج الثاني والمدة تحتمله له ان يصدقها ان غلب على ظنه
صدقها لانها معاملة او امر ديني لتعلق الحل به وقول الواحد فيهما مقبول وهو غير مستنكر اذا كانت المدة
تحتمله واختلفوا في ادنى هذه المدة فعند ابي حنيفة شهران في العدة الاولى يجعل كانه طلقها في اول الطهر احترازا
عن ايقاع الطلاق في الطهر بعد الوقاع فيجعل طهرها خمسة عشر يوما لانه لا غاية لاكثره فيؤخذ لها بالاقل وحيضها
خمسة لان اجتماع اقلهما في امراة واحدة نادر فيؤخذ لها بالوسط فثلاث اطهار تكون خمسة واربعين يوما وثلاث
حيض تكون خمسة عشر يوما فصارت ستين وهذا تخريج محمد لقول ابي حنيفة وعلى تخريج الحسن يجعل كانه طلقها
في آخر الطهر احترازا عن تطويل العدة فيجعل حيضها عشرة ايام وطهرها خمسة عشر يوما لانا لما قدرنا طهرها
بالاقل قدرنا حيضها بالاكثر ليعتدل فيقع فيها اطهار بثلاثين يوما وثلاث حيض بثلاثين يوما فصارت ستين
يوما فهذا من الزوج الاول فيحتاج الى مثله من الزوج الثاني وزيادة طهر على تخريج الحسن وعند ابي يوسف ومحمد
ادنى مدة تصدق فيها تسعة وثلاثون يوما يجعل كانه طلقها في آخر الطهر فيجعل حيضها ثلاثة ايام وطهرها
خمسة عشر يوما لا اقل فيهما لتيقن به فيها اطهار بثلاثين يوما وثلاث حيض بتسعة ايام وتحتاج الى مثلها في حق
الزوج الثاني وزيادة طهر خمسة عشر يوما وهذا في حق الحرة واما في الامة فعند ابي حنيفة على تخريج محمد ادناه
اربعون يوما وعلى تخريج الحسن خمسة وثلاثون يوما ثم تحتاج الى مثلها في حق الزوج الثاني وزيادة طهر خمسة عشر
يوما على رواية الحسن وعندهما احد وعشرون يوما للاول ومثله للثاني وزيادة طهر واحد تاملة تدره وانما اعتبر

فولدت لم تصدق في اقل من خمسة وثمانون يوما في قول ابي حنيفة على تخريج محمد وعلى تخريج الحسن لم تصدق
في اقل من مائة يوم ولان اقصى ما يمكن ان تجعل نفاسها خمسة وعشرون يوما طهرها خمسة عشر يوما بعد
ذلك ثم فيها ثلاث حيض وطهران على التخريجين وانما كان كذلك لان ما ترى من الدم في الاربعين لا يكون حيضا
وانما هو نفاس لانه في مدته وما تراه بعد تمام الاربعين حيضا ان تقدمه طهر صحيح وهو خمسة عشر يوما وذلك
على ما ذكرنا هذا في حق الزوج الاول وفي حق الزوج الثاني تحتاج بعد هذا الى ثلاث حيض وثلاثة اطهار على التخريجين
وعند ابي يوسف تصدق في خمسة وستين يوما لان نفاسها يقدر باحد عشر يوما لان مدة النفاس اكثر
من مدة الحيض فيقدر باكثر من اكثر الحيض بيوم ثم بعد هذا ثلاث حيض وثلاثة اطهار هذا في حق الاول
وفي حق الثاني تحتاج بعد هذا الى ثلاثة اطهار وثلث حيض وعند محمد تصدق في اربعة وخمسين يوما
وساعة لانه لا غاية لاقل النفاس فان قالت كان ساعة وجب تصديقها للاحتمال ثم الطهر بعد خمسة عشر
يوما ثم ثلاث حيض وطهران هذا للزوج فان الاولى وللزوج الثاني تحتاج الى اربعة وخمسين يوما ثلث
حيض وثلاثة اطهار وهذا في حق الحرة وفي حق الامة التخريج ظاهر على المذاهب كلها فتامله والله اعلم

باب الايلاء

الايلاء في اللغة هو اليمين قال قائلهم قليل الالايا حافظ ليمينه وان ندرت
منه الالية برت وفي الشرع عبارة عن اليمين على ترك وطء المنكوحة اربعة اشهر او اكثر ولذلك قالوا المولى من
لا يخلو من احد المكروهين اما الطلاق او الكفارة وقيل المولى من لا يمكنه القربان الا بشيء يلزمه وهو اشبه
لانه يدخل الكفارة والنذر وغيره تحته غير انه يدخل فيه التزام ما لا يشق عليه كالصلاة والغزو فانه
لو قال ان قربتك فلله علي ان اصلي ركعتين او اغزو او لا يكون موليا والاولى ان يقال الايلاء في الشرع
عبارة عن منع النفس عن قربان المنكوحة اربعة اشهر فصاعدا منعا مؤكدا بشيء يلزمه وهو يشق عليه
وركنه قوله والله لا اقربك ونحوه وشرطه المحل والاهل وهو ان يكون المراة منكوحة والحالف اهلا للطلاق عند
ابي حنيفة ولوجوب الكفارة عندهما وان لا يكون المدة منقوصة عن اربعة اشهر وحكمه وقوع الطلاق عند
البر ووجوب الكفارة ونحوه عند الحنث قال وهو الحلف عن ترك قربانها اربعة اشهر او اكثر اي الايلاء
هو الحلف على ترك وطء الزوجة هذه المدة وقد اشرنا الى مجرد الحلف على تركه لا يكون ايلاء حتى يكون المنع بشيء
يلزمه وهو يشق عليه وقد ذكرنا الا ان وجه قال كقوله والله لا اقربك اربعة اشهر او والله لا اقربك لقوله
تعالى للذين يؤلون من نسائهم تربص اربعة اشهر الاية وقال الشافعي اذا حلف لا يقربها اربعة اشهر
لا يكون موليا حتى يزيد مدة المطالبة واشترط مالك زيادة يوم والحجة عليه ما تلونا لانه نص على التربص اربعة
اربعة اشهر فلا تجوز الزيادة عليها كما لا تجوز الزيادة على التربص المذكور في عدة الوفاة والطلاق في قوله
تعالى يتربصن بانفسهن ثلاثة قروء وفي قوله تعالى اربعة اشهر وعشرا والمسلم والذمي فيه سواء عند ابي

تنتهي بالكفارة وفي اليمين بالحنث وهو ليس من اهل الكفارة لكونها عبادة فلو شرع الظهار في حقه لكانت
الحرمة مطلقة لانه لامغياة بها وهو خلاف المنصوص فيكون تغييرا للحكم المنصوص عليه بخلاف الايلاء
لانه اهل للحنث وبه يندفع الظلم عنها وعند الشافعي يصح ظهاره ايضا والحجة عليه ما بيناه وقوله لا اقربك
القربان كناية عن الجماع ومن الكناية الوطء والمباضعة والافتضاض في البكر والاغتسال بحديث مجديا الصحيح
والاتيان والاصابة والغشيان والمضاجعة والدنو والمس كنايات وكذا قوله لا اجمع راسي وراسك وسادة
او لا اجتمعان او لا ابيت معك في الفراش او لا اقرب فراشك ولا يكون بها موليا الا بالنية وفي البدايع الصحيح
المجامعة والنيك **قال** فان وطئ في المدة كفر اي ان وطئها المولي في الاربعة اشهر حنث في يمينه وكفر
لان الكفارة موجب الحنث وقال الحسن البصري لا تجب الكفارة لقوله تعالى فان فاؤوا فان الله غفور رحيم
قلنا المراد به اسقاط عقوبة الآخرة بسبب قصده الاضرار بها لا سقوط الكفارة المشروعة في الايمان المنعقدة
الا ترى ان قتل الخطا يوجب الكفارة وان وعد المغفرة **قال** وسقط الايلاء لان الايمان تنحل بالحنث
فلا تبقى بعد الانحلال ولا ايلاء بدونها **قال** والا بانت اي ان لم يطأها في المدة وهي اربعة اشهر والا بانت منه
وهو قول ابن مسعود وابن عمر وابن عباس وزيد بن ثابت وروي ذلك عن عثمان بن عفان وعن علي بن
ابي طالب وهو قول جمهور التابعين وقال الشافعي لا تبين بمضي المدة ولكن توقف على ان يفيء اليها او
يفارقها فان فعل والا فرق القاضي بينهما فصار الخلاف في موضعين احدهما ان الفيء عنده يكون بعد مضي المدة
وعندنا في المدة والثاني ان الفرقة لا تقع الا بتطليق الزوج او بتفريق القاضي عنده وعندنا تقع بمضي المدة
واستدل بقوله تعالى فان فاؤوا فان الفاء للتعقيب فاقتضى جواز الفيء بعد المدة وجواز التفريق ولانه قال
تعالى وان عزموا الطلاق فلو وقع بمضي المدة لا يتصور العزم عليه بعد ذلك ولان النص يشير الى ان عزمه
الطلاق بما هو مسموع وذلك بتطليقه او بتفريق القاضي ولان التفريق بينهما لدفع الضرر عنها فيكون
فيكون بتطليقه او بتفريق القاضي كالتفريق بالجب او بالعنة حيث لا يقع بمضي اجله **ولنا** ما ذكرنا من
كبار الصحابة وقراءة ابن مسعود وابي فان فاؤوا فيهن فاقتضى ان يكون الفيء في المدة فيكون حجة عليه
لان قراءتهما لا تنزل عن روايتهما ولان الايلاء كان طلاقا في الحال في الجاهلية فجعله الشرع موجلا فصار كانه قال
اذا مضى اربعة اشهر فانت طالق ولان هذه مدة تتربص بعدما ظهر الزوج الرغبة عنها فتبين بمضيها
كمضي مدة العدة بعد الطلاق الرجعي ولا تمسك له بما ذكر في الاية فان الفاء فيها للتعقيب في الايلاء بدليل
ما ذكرنا من قراءة ابن مسعود وابي وبدليل جواز الفيء قبل مضي الاشهر ولو كان كما قال لما جاز وعزمه
الطلاق تركه لها الى مضي المدة اي وان عزموا ~~الطلاق~~ ان يصيبوا والايلاء طلاقا فان الله سميع بالايلاء عليم بـ
نية عزمه فلا دلالة فيه على ما ذكره والاسلم انه يقع من غير ايقاع بل بايقاع الزوج لانه كان طلاقا في الجاهلية فقدر

قلنا ان لم يكن عليه مستحق حكما فهو مستحق عليه ديانة فيكون ظالما بالامتناع او نقول ظلمها بجعله الوطء حراما
عليه لمغيبه وهو اليمين فيفوت الامساك بالمعروف فيجب التسريح بالاحسان جزاء الظلمة بخلاف العنين
لانه لم يوجد من جهته صنع يصيبه به مانعا حقها فيكون ظالما **قال** وسقط اليمين لو حلف على اربعة
اشهر لان اليمين موقتة بوقت فلا تبقى بعد مضيه **قال** وبقيت لو على الابد اي بقيت اليمين لو
كان حلف على الابد بان قال والله لا اقربك ابدا او قال والله لا اقربك ولم يقل ابدا لان المطلقة ينصرف
الى الابد كما في اليمين لا يكلم فلانا فلا يبطل بمضي اربعة اشهر لعدم ما يبطلها من حنث او مضي وقتها
الا انه لا يتكرر الطلاق ما لم يتزوجها لعدم منع حقها ذكره في البدايع والتحفة وشرح الاسبيجابي والجامع
وذكر المرغيناني وصاحب المحيط انها لو بانت بمضي اربعة اشهر بالايلاء ثم مضت اربعة اشهر ~~بالايلاء~~ اخرى
وهي في العدة وقعت اخرى ولم يحك خلافا فيه والاول اصح لما ذكرنا من ان وقوع الطلاق جزاء الظلم وليس
للمبانة حق فلا يكون ظالما بخلاف ما لو ابانها بتنجيز الطلاق ثم مضت مدة الايلاء وهي في العدة حيث تقع
اخرى بالايلاء لان الايلاء بمنزلة التعليق بمضي الزمان والمعلق لا يبطل بتنجيز ما دون الثلاث وبه يبطل
وفيه خلاف زفر **قال** ولو نكحها ثانيا وثالثا ومضت المدتان بلا فيء بانت باخريين يعني لو تزوجها
بعد ما بانت بالايلاء ثم مضت مدة الايلاء وهي اربعة اشهر بعد التزوج الثاني بانت بطلقة اخرى وكذا
لو تزوجها بعد ذلك ثالثا ومضت مدة الايلاء وقعت طلقة ثالثة لانه لما تزوجها ثبت حقها في الجماع و
بالامتناع عنه يصير ظالما فيجازى بازالة نعمة النكاح بمضي مدة الايلاء وذكر في الحقائق والهداية ان مدة
هذا الايلاء تعتبر من وقت التزوج وقال في الغاية ان تزوجها في العدة تعتبر ابتداء المدة من وقت
وقوع الطلاق الاول ولو تزوجها بعد انقضاء العدة يعتبر ابتداء الثانية من وقت التزوج ولم يحك خلافا
ومثله في النهاية وهو لا يستقيم الا على قول من قال ان الطلاق يتكرر قبل التزوج وقد بينا ضعفه وهذا
بخلاف ما اذا ابانها بتنجيز طلقة او طلقتين قبل مضي المدة ثم تزوجها حيث يكون موليا وتعتبر المدة من
وقت الايلاء لان الايلاء كان منعقدا قبل فلا يبطل به ولهذا لو مضت مدة اربعة اشهر وهي في العدة
تطلق **قال** وان نكحها بعد زوج آخر لا تطلق اي لو تزوجها بعد ما بانت منه بالايلاء ثلاث مرات وبعد
ما تزوجت بزوج آخر لا تطلق بالايلاء الاول لان الايلاء بمنزلة تعليق الطلاق بمضي الزمان كانه
قال كلما مضى اربعة اشهر فانت طالق فلا يبقى بعد استيفاء هذا الملك لان تحقيقه باعتبار هذا الملك
وفيه خلاف زفر وعلى هذا الخلاف لو نجز الثلاث في الحال وهي فرع مسئلة التنجيز الخلافية وقد مرت من قبل
ولو بانت بالايلاء مرة او مرتين وتزوجت بزوج آخر وعادت الى الاول عادت اليه بثلاث تطليقات وكذا في الثاني
والثالث الى ما لا يتناهى وفيه خلاف محمد وهي مبنية على مسئلة الهدم وقد بيناها من قبل **قال** ولو وطئها

تفويض بن عباس و وجه ان المولي من لايمكنه قربانها في المدة الا بشي يلزمه فيكون امتناعه فيها
لاجل ذلك المانع وهنا يمكنه ان يقربها في بعض المدة من غير لزوم شي فكان الامتناع في بعضها من غير
مانع فصار كما اذا امتنع في المدة كلها بلا مانع قال والله لا اقربك شهرين وشهرين بعد
هذا الشهرين ايلاء اي هذا القول ايلاء فيكون به موليا لان الجمع بحرف العطف كالجمع بلفظه ولهذا لو قال
بعتك بالف الى شهر وشهر كان الاجل شهرين ولو قال والله لا اكلمه فلانا يومين ويومين كان
كقوله اربعة ايام قوله وبعد هذين الشهرين وقع اتفاقا لانه لو لم يقل شهرين وشهرين كان
الحكم كذلك والاصل في جنس هذه المسايل انه اذا عطف من غير اعادة النفي ولا تكرار اسم الله يكون
يمينا واحدا ولو اعاد حرف النفي او كرر اسم الله يكون يمينين وتتداخل مدتهما بيانه لو قال والله لا
اكلم زيدا يومين ولا يومين يكون يمينين ومدتهما واحدة حتى لو كلمه في اليوم الاول او الثاني يحنث فيهما
وتجب عليه كفارتان وان كلمه في اليوم الثالث لا يحنث لانقضاء مدتهما وكذا لو قال والله لا اكلم زيدا يومين والله
لا اكلم زيدا يومين لما ذكرنا ولو قال والله لا اكلمه يومين ويومين كان واحدا ومدتها اربعة ايام حتى
لو كلمه فيها تجب عليه كفارة واحدة وعلى هذا لو قال والله لا اكلمه يوما ويومين كانت يمينا واحدة الى ثلاثة
ايام ولو قال والله لا اكلمه يوما ولا يومين او قال والله لا اكلمه يوما والله لا اكلمه يومين يكون يمينين فمدة الاولى
يوم ومدة الثانية يومان حتى لو كلمه في يومه في اليوم الاول تجب عليه كفارتان وفي اليوم الثاني كفارة واحدة
ولو كلمه في اليوم الثالث لا يحنث لانقضاء مدتهما وعلى هذا لو قال والله لا اقربك شهرين ولا شهرين او قال
والله لا اقربك شهرين والله لا اقربك شهرين لا يكون موليا لانهما يمينان متداخل مدتهما حتى لو قربها
قبل مضي شهرين تجب عليه كفارتان ولو قربها بعد مضيهما لا تجب عليه شي لانقضاء مدتهما قال ولو مكث
يوما ثم قال والله لا اقربك شهرين بعد الشهرين الاولين او قال والله لا اقربك سنة الا يوما او قال بالبصرة
والله لا ادخل مكة وهي بها لا اي لا يكون موليا في هذه المسايل كلها اما في الاولى وهو ما اذا ... والله لا اقربك
شهرين فمكث يوما ثم قال والله لا اقربك شهرين بعد الشهرين الاولين فلان ... الجواب مبتدا او
قد صار ممنوعا بعد اليمين الاولى شهرين وبعد الثانية اربعة اشهر الا يوما ... فلم تتكامل المدة
وقوله بعد الشهرين هنا يفيد مدة تعيين مدة اليمين الثانية لانه لو لم يقل ... شهرين كانت مدتهما
واحدة لما ذكرنا وكانت الثانية تنتهي عند الاولى انقضاء يوم حتى لو كانت اليمين مطلقة بان قال والله لا اقربك ثم قال
بعد يوم او بعد ساعة والله لا اقربك كان ايلائين ولو قال ثلث مرات كانت ثلاث ايلاآت فبتمام المدة الاولى تقع واحدة ثم تقع
بالثانية اخرى اذا كانت في العدة ولو تزوجها بعد ذلك كان موليا من وقت التزوج فاذا مضى اربعة اشهر بانت بواحدة وان
انعقد عليها ثلاث ايمان لان الايلاء ينعقد بعد التزوج فاتحدت مدة الانعقاد الثلاث فلا ينعقد اكثر من واحدة لانه

الحقيقة والنقصان يكون من الاخر والمقصود من تاويل الذين التاخير ... لم ينصرف الى الاخير
... المقصود وما اورد في النهاية على هذا فقال لو قال والله لا اقربك سنة الا يوما ينصرف الى اخر السنة في
... مستثنى منكر في اليمين ثم اجاب بجواب غير شاف فقال ان الحامل على اليمين المغايظة وهي قايمة في الحال
... المستثنى الى اخر السنة وهذا غير مخلص لان الحامل على اليمين في الايلاء ايضا غيظ قايم في الحال فيبطل ما ذكره من الفرق
... قربها ينظر فان بقي من السنة اربعة اشهر او اكثر صار موليا والا فلا ولو كانت اليمين مطلقة بان قال
... والله لا اقربك الا يوما لا يكون موليا حتى يقربها فان قربها صار موليا ولو قال والله لا اقربك سنة الا يوما
... لا يكون موليا ابدا لانه استثنى كل يوم يقربها فيه فلا يتصور ان يكون ممنوعا ابدا ... ولو كانت مطلقة
... ذكرنا واما المسئلة الثالثة وهو ما اذا كان في البصرة وامراته في مكة فقال والله لا ادخل مكة فلانه يمكنه ان يقربها
في المدة بغير شي يلزمه بان تخرجها من مكة واورد على هذا في النهاية ما لو قال لنسوته الاربع والله لا اقربكن فانه
يكون موليا في جميعهن في الحال وان امكنه قربان كل واحدة منهن من غير شي يلزمه لانه لا يحنث الا بقربان
جميعهن كما لو حلف لا يكلم فلانا وفلانا حيث لا يحنث الا اذا كلمهم كلهم واجاب بان الحالف متعنت في كل واحدة
منهن يمنع حقها فكانه عقد اليمين عليها وحدها الا ان الكفارة لا تجب بقربان بعضهن لانها موجبة للحنث
ولم يحنث ووقوع الطلاق بالبر في المدة وقد وجد في حق كل واحدة منهن فتطلق ولو قال في غد لا يكون موليا حتى يطأ
الثلاث منهن فيكون موليا من الرابعة وحدها وهو القياس لانه يمكنه قربان ثلاث منهن من غير شي يلزمه
واما الرابعة فلا يمكنه قربانها الا بوجوب الكفارة عليه فوجد شرط الايلاء فيها وجه الاستحسان ما بيناه قال وان
حلف بحج او صوم او صدقة او عتق او طلاق او الا من المطلقة الرجعية فهو مول وصورة اليمين بهذه الاشياء
ان يقول ان قربتك فلله علي حجة او صوم او صدقة او عتق عبد او عبده المعين حنث او امراته طالق هي او غيرها وانما
صار موليا به لان المنع باليمين قد تحقق وهو ذكر الشرط والجزاء وهذه الاجزية مانعة من الوطي لصارة فهي في معنى اليمين
بالله تعالى بخلاف اليمين بالصلاة والغزو عند ابي حنيفة وابي يوسف لانه يسهل ايجادها فلا يصلح ان مانعين وفي عتق
العبد المعين خلاف ابي يوسف هو يقول يمكنه ان يبيعه ثم يقربها فلا يلزمه شي وهما يقولان ان البيع موهوم فلا يمنع
المانعية في الايلاء وهذا لان البيع لا يتم به وحده بل لابد في المدة من يشتريه ولو باعه سقط الايلاء بالاجماع لانه صار
بحال يقدر على قربانها من غير شي يلزمه وان اشتراه بعد ذلك صار موليا من وقت الشراء ان لم يكن جامعها بعد البيع وقبل
الشراء لانه صار بحال لا يقدر على قربانها الا بعتق يلزمه ولو مات العبد سقط الايلاء لقدرته على قربانها من غير شي يلزمه
وعلى هذا التفصيل موت المراة المعلق طلاقها بالقربان او بالابانة ثم تزوجها بعد انقضاء العدة وقوله او الا من المطلقة
الرجعية فهو مول لان الزوجية باقية بينهما على ما تقدم في باب الرجعة فيتناولها وقوله تعالى للذين يولون من نسائهم
الاية فان قيل وقوع الطلاق بالايلاء بطريق المجازاة لكونه ظلمها بمنعها حقها في الجماع والمطلقة الرجعية ليس لها حق

من مسائل باب النص وهي ليست بزوجته فلم ينعقد موجبا للطلاق اصلا حتى لو تزوجها بعد ذلك لا يكون مو[ليا]
لان الكلام في مخرجه وقع باطلا لعدم المحلية فلا ينقلب صحيحا وهذا لان الايلاء بمنزلة تعليق الطلاق بمضي [المدة]
فلا يصح الا في الملك او مضافا الى الملك بان قال ان تزوجتك فوالله لا اقربك ولم يوجد ولو وطئها كفر عن يمينه
لان اليمين منعقدة في حق وجوب الكفارة عند الحنث لان اليمين ضربت اجلا للبينونة فتنتصف بالرق كمدة العدة
وقال الشافعي رحمه الله مدتها كمدة ايلاء الحرة وهذا مبني على ان هذه المدة ضربت لاظهار الظلم بمنع الحق في الجماع
عنده والحرة والامة في ذلك سواء وعندنا ضربت اجلا للبينونة فشابهت مدة العدة فتنتصف بالرق لكونها من
حقوق النكاح **قال** وان عجز المولي عن وطئها لمرضه او مرضها او بالرتق او بالصغر او بعد مسافة ففيئه ان
يقول فئت اليها هذا اذا كان عاجزا من وقت الايلاء الى ان تمضي اربعة اشهر حتى لو آلى منها وهو قادر ثم عجز عن الفي
بعد ذلك لمرض او بعد مسافة او حبس او جب او اسر او عدو ونحو ذلك او كان عاجزا حين الايلاء وزال العجز في المدة
لم يصح فيئه باللسان لانه خلف اي فيشترط فيه العجز المستوعب للمدة ولو آلى منها وهو مريض وبانت بمضي اربعة
اشهر ثم صح وتزوجها وهو مريض ففاء بلسانه لم يصح عند ابي حنيفة ومحمد وصح عند ابي يوسف وهو الاصح على ما قاله
لان الايلاء وجد منه وهو مريض وعاد حكمه وهو مريض وفي زمان الصحة هي مبانة لا حق لها في الوطء فلا يعود فيه
حكم الايلاء وهما يقولان ذلك يقصد [illegible] منه فانه كان يمكنه الفي باللسان قبل مضي المدة ولا تبين وقال الشافعي لا يصح
الفي باللسان اصلا واليه ذهب الطحاوي لانه لو ظلمها بمنع حقها وهو الوطء فيكون ايفاؤه به ولهذا لا يحنث وهذا لان
المعلق بالفي حكمان وجوب الكفارة وامتناع حكم الفرقة والفي باللسان لا يعتبر في تحقق احد الحكمين فكذا في الحكم الاخر
ومذهبنا مروي عن علي وابن مسعود ولكن بهما كفى ولان وقوع الطلاق عند مضي المدة باعتبار التعنت والاضرار
بها وذلك ينعدم الفي باللسان عند العجز عن الفي بالجماع اصلا وباللسان خلفا لان الفي عبارة عن الرجوع وذلك يوجد حقه
بهما ولا نسلم ان حقها في الجماع في هذه الحالة وهي حالة العجز بل نقول ان كان قادرا على الجماع فحقها فيه فكان تفويته الاضرار
بها بمنع نفسه عنها وان كان عاجزا فليس لها بامتناعه عنه في الجماع وانما قصد ايحاشها واضرارها به فيكون اضراره في
الموضعين بما قصده لان التوبة بحسب الجناية ولو كان وقوع الطلاق باعتبار منع حقها في الجماع فقط لما كان موليا
في حالة العجز عنه لانه لا حق لها فيه في هذه الحالة ولهذا لا تملك مطالبته به فلم يكن ظالما بامتناعه والطلاق جزاء الظلم وجوابه
ما ذكرنا ولان النص يقتضي صحة الايلاء منه مطلقا غير مقيد بوصف القدرة على الجماع فلا يجوز اشتراطها اما لان فيه
تقييد المطلق وهو نسخ فلا يجوز الا بمثله او لان هذا تعليل فيه ابطال حكم النص والتعليل على وجه يبطل حكم النص باطل
بل لا يجوز تعليله وان لم يكن مبطلا لان الحكم في المنصوص ثابت بالنص لا بالتعليل وانما التعليل لالحاق غيره به ولهذا
لم يجز التعليل بالعلة القاصرة لعدم التعدية ولو قدر بعد ما فاء بلسانه كفر عن يمينه لتحقق الحنث به لان يمينه باقية في
حق الحنث وان بطلت في حق الطلاق **قال** وان قدر في المدة ففيئه الوطء اي فان قدر على الجماع في مدة الايلاء بعد ما فاء

[Diagonal marginal notes, partly legible: يمين ... مولي ... اولم ارد به شيئا فهو ... الحمل فان قال اردت به التحريم ... حرام ... لانه محتمل فكان بيانا لي ... في التفصيل فتقول له ... لامراته انت علي ... الطلاق وثلاث ان نواه وهي ... محل ... وهذا ان نوى الكذب وبائنة ... قبل ... التحريم او لم ينو شيئا وظهار ان نواه ... انت علي حرام ايلاء ان نوى ... بالبدل بطل كالمتيمم اذا راى الماء ... فاذا قدر على الاصل قبل حصول المقصود ... الفي باللسان خلف عن الفي بالجماع ... وكان فيئه بالجماع لما ذكرنا ان ... ايجابا باللسان بطل ذلك الفي]

[Right margin, partly legible: ... لا ينعقد ... من الحكم بقصد ...]

[illegible] المبسوط والاية تشهد لنا لان الله تعالى ذكر الطلقتين بغير عوض اولا بقوله تعالى الطلاق مرتان ... الجواز ان
يكون ... ذلك وهو عبارة عن فعلها ولم يذكر فعل الزوج فعلم بذلك ان فعله هو الذي تقدم ذكره وهو الطلاق الاول بعينه
... بعوض ثم عقبها بطلقة بعد ذلك فكان انه شرع طلقتين بغير عوض ثم نفي الجناح عن اخذ العوض عنهما ولهذا اكتفى بذكر فعلها
في الافتداء ولا ذكر فعله لان الافتداء الاثم بفعلها وحدها ونقول ذكر الطلقتين اولا ثم طلقة بعوض وبغير عوض فكانت الاية
حجة عليه في هذا او في قوله الملحق للمختلعة صريح الطلاق **قال** ولزمها المال لانه لم يرض بخروج البضع عن ملكه الا به وهو يجوز
الاعتياض عنه وان لم يكن مالا كالقصاص فوجب بالتزامها **قال** وكره له ان ياخذ شيئا ان نشز يعني يكره له ان ياخذ
شيئا ان كان النشوز من قبله لقوله تعالى وان اردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم احداهن قنطارا فلا تاخذوا منه
شيئا ولانه اوحشها بالفراق فلا يزيد على ايحاشها باخذ المال **قال** وان نشزت لا اي ان كان النشوز من قبلها لا يكره
له الاخذ وهذا باطلاقه يتناول القليل والكثير وان كان اكثر مما اعطاها وهو المذكور في الجامع الصغير لقوله تعالى فلا جناح
عليهما فيما افتدت به وقال القدوري ان كان النشوز منها كره ان ياخذ اكثر مما اعطاها وهو المذكور ورجح ارادته العرفية لقوله
عم لامراة ثابت بن قيس اتردين عليه حديقته قالت نعم وزيادة فقال عم اما الزيادة فلا وقد كان النشوز منها ولو اخذ
الزيادة جاز قضاء وكذا اذا اخذ شيئا والنشوز منه لان مقتضى قوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به الجواز في الاصل والاباحة
وقد ترك العمل به في حق الاباحة لمعارض وهو قوله تعالى فلا تاخذوا منه شيئا وقوله عم اما الزيادة فلا فبقي معمولا به في الباقي
وهو الصحيح فان قيل النهي عن الافعال الحسية يقتضي عدم المشروعية فكيف يصح اخذه بعد النهي ورد النهي في غيره وهو زيادة
الايحاش فلا ينافي المشروعية كالبيع عند النداء وهذا لانها تصرفت في خالص حقها باختيارها فوجب القول بصحته تصحيحا
لتصرف العاقل وتوفيقا بين النصوص **قال** وما صلح مهرا صلح بدل الخلع لان ما صلح ان يكون عوضا للمتقوم
اولى ان يصلح عوضا لغير المتقوم وهذا لان البضع حالة الدخول متقوم وعند الخروج غير متقوم ولهذا جاز
تزويج الاب ابنه الصغير على مال الصغير ولا يجوز ان يخلع ابنته الصغيرة بمالها وكذا لو تزوج المريض بمهر مثلها يعتبر
في جميع المال ولو اختلعت المريضة يعتبر من الثلث وان لم يخرج فلها الاقل من الارث ومن الثلث اذا ماتت وهي في العدة فان ماتت
بعد انقضائها او كانت غير مدخول بها فله بدل الخلع ان كان يخرج من الثلث لان البضع لا قيمة له حال الخروج فيعتبر بالتبرع
ولهذا لا يضمن لو اخذ عنه ملكه بردتها او بتقبيلها ابنه او نحو ذلك او قتلت نفسها او قتلها اجنبي لم يجب للزوج
شيء على المتلف ولو كان متقوما لوجب وقوله وما صلح مهرا صلح بدل الخلع لا ينعكس حتى جاز ما لا يصلح مهرا ايضا
قال فان خالعها او طلقها على خمر او خنزير او ميتة وقع
كالاقل من العشرة وكما في يدها او بطن غنمها ونحو ذلك
بائن في الخلع رجعي في غيره بخلاف الخلع على ما في يدي ولا في يدها شيء لان الارتفاع تعلق بالقبول وقد وجد ولا يجب
عليها شيء لانها لم تسم شيئا متقوما في التسمية غارة ولا هو متقوم ليجب عليها قيمته وانما يتقوم بالتسمية وقد فسدت بخلاف
النكاح والعتق والكتابة بالخمر حيث يجب مهر المثل وقيمة العبد فيهما لان الخمر مال ... وكان الشرع اهانها واهدر
تقومها فلا تصلح ...

[Diagonal lines at the foot: ان يقع الطلاق مجانا ... كقولها خالعني على ما في يدي ومراده ... وقوله كالخلع على ما في يدي ولا شيء في يدها ... حتى لا ... يعقبه الرجعة والثاني بكناية فيكون بائنا ... فكان العامل فيه لفظ الطلاق او الخلع وهو الاول ... المال ثم اذا فسدت التسمية فقد وقع بغير عوض ... من خل وسط لانه صار مغرورا من جهتها بالتسمية ... يجب عليها رد المهر عند ابي حنيفة وعندهما الخمر مثله ... بخلاف ما اذا قالت خالعني على هذا الخل فاذا هو خمر ... والتقوم غير المتقوم فلا يجب عليها شيء]

... حيث قال الله تعالى لم تحرم ما احل الله لك ثم قال قد فرض الله لكم تحلة ايمانكم
الظهار فهو ظهار لان اللفظ فيه حرمة فاذا نواه صح لانه محتمله وعند محمد لا يكون ظهارا لعدم ركنه وهو التشبيه وان نوى
المحللة بالحرمة وان قال اردت الكذب فهو كما قال لانه وصف المحللة بالحرمة فكان كذبا حقيقة فاذا نواه صدق
لانه حقيقة كلامه وقيل لا يصدق لانه يمين ظاهرا فلا يصدق في الصرف الى غيره وان قال اردت الطلاق فهو تطليقة
بائنة الا ان ينوي الثلاث وقد مر في الكنايات وقيل يصرف التحريم الى الطلاق من غير نية للعرف لاستعماله في زماننا وذكر في
الفتاوى اذا قال لامرأته انت علي حرام والحرام عنده طلاق ولكن لم ينو طلاقا وقع الطلاق وهذا يدل على ان الاعتبار
للعرف وعرف الناس اليوم الحلالة على الطلاق ولهذا لا يحلف به الا الرجال وعن هذا قال الولوالجي
ولو كانت اربع نسوة والمسئلة بحالها يقع على كل واحدة منهن طلقة بائنة وقيل تطلق كل واحدة منهن طلقة واليه البيان
وهو الظهر والاشبه

باب الخلع

الخلع النزع والفصل لغة يقال خلع نعله خلعا وخلع ثوبه اي نزعه
وخلعت المرأة زوجها اذا افتدت نفسها منه بمال وخلعها وتخالعا والخلع بالضم اسم منه لان كل واحد منهما
لباس الآخر قال الله تعالى هن لباس لكم وانتم لباس لهن وفي الشرع عبارة عن اخذ المال بازاء ملك النكاح بلفظ الخلع وشرطه
شرط الطلاق وحكمه وقوع الطلاق البائن وصفته يمين من جهته معاوضة من جهتها وهو مشروع بالكتاب والسنة واجماع الائمة
اما الكتاب فقوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به وقال عمر الخلع تطليقة بائنة وقد اجمعت الصحابة على ذلك ولان ملك النكاح
حق الزوج فجاز اخذ العوض عنه كالقصاص وقال المزني الخلع غير جائز وزعم ان الآية منسوخة بقوله تعالى وان اردتم استبدال
زوج مكان زوج الآية قلنا شرط النسخ العلم بتاخير الناسخ وتعذر الجمع بينهما ولم يوجد ولان النهي مقيد بارادة الزوج استبدال
غيرها مكانها والآية الاولى مطلقة فلا يصح دعوى النسخ بها مطلقا ولان النهي لا يعدم المشروعية في الافعال الشرعية فلا نسلم نسخها
وقال اهل الظاهر لا يجوز الخلع الا اذا كرهت المرأة وخافت ان لا توفيه حقه او لا يوفيها حقها ومنعوا اذا كرهها الزوج لما تلونا
وجوابه ما ذكرناه وذكره القدوري في مختصره واذا تشاق الزوجان وخافا ان لا يقيما حدود الله فلا باس ان تفتدي نفسها منه
بمال يخلعها به اخرجه مخرج العادة والاولوية لا مخرج الشرط واراد بالخوف العلم والتيقن به لانه يراد به العلم قال الشاعر
اذا مت فادفني الى جنب كرمة ... تروي عظامي بعد موتي عروقها
اي اعلم واتيقن ولهذا رعد والتشاق الاختلاف والتخاصم مشتق من الشق وهو الجانب لان كل واحد منهما ياخذ شقا خلاف
شق صاحبه وحدود الله تعالى ما يلزمهما من واجب الزوجية **قال** الواقع به وبالطلاق على مال طلاق بائن يعني الواقع
بالخلع وبالطلاق الصريح اذا كان بعوض يكون بائنا لان الزوج ملك العوض فوجب ان تملك هي المعوض تحقيقا للمساواة
وذلك في بائن وكذا اذا وقع بلفظ البيع اي المباراة كان بائنا لانه معاوضة ولهذا اشترط قبولها في المجلس وهي تقتضي المساواة
على ما تقدم ولو قال لم اعن الطلاق لا يصدق لان ذكر العوض امارة صادقة على ان مراده الطلاق ولو لم يذكر العوض يصدق في
لفظ الخلع والمباراة لانهما كنايتان ولا يصدق في لفظ الطلاق والبيع لانه خلاف الظاهر وقال الشافعي القديم الخلع فسخ وليس بطلاق

[illegible]

... كما يقع بقبلها في قولها خالعني على ما في يدي وليس في يدها شيء لانها لم تسم مالا متقوما والجواز ان
يكون في يدها شيء متقوم او غير متقوم فلم تصر غارة له والرجوع بالغرور **قال** وان زادت من مال
او من دراهم ردت مهرها اي ان زادت على قولها خالعني على ما في يدي والمسئلة بحالها بان قالت خالعني على ما في يدي من مال
او قالت من دراهم ولم يكن في يدها شيء ردت عليه في الاولى المهر الذي اخذته منه وفي الثانية ثلاثة دراهم اما في الاولى
فلانها لما سمت مالا لم يكن الزوج راضيا بدون المال فلكه الابعوض ولا وجه الى ايجاب قيمته للجهالة ولا الى ايجاب قيمة البضع
وهو مهر المثل لانه غير متقوم حالة الخروج فتعين ايجاب ما قام البضع به على الزوج دفعا للضرر عنه وعلى هذا لو قالت
على ما في بيتي من مال او على ما في بطن جاريتي او غنمي من حمل ولم يكن فيها شيء يجب رد المهر لما قلنا بخلاف ما لم تقل
من مال او حمل حيث لا يجب عليها شيء والفرق مبني على ما ذكرنا من تسمية المال وعدمه واما الثانية فلانها سمت لفظ الجمع
واقله ثلاثة فيجب عليها المتيقن به فصار كما لو اقرت او اوصى بدراهم بخلاف ما اذا تزوجها بدراهم حيث تبطل التسمية للجهالة
ويجب مهر المثل لان البضع حالة الدخول متقوم فامكن ايجاب قيمته اذا جهل المسمى فان قيل قد ذكرت من وهي للتبعيض فينبغي
ان يجب بعض الدراهم وذلك درهم او درهمان كما اذا قال ان كان ما في يدي من الدراهم الا ثلاثة فعبدي حر وفي يده اربعة
دراهم فانه لا يحنث قلنا قد يكون من لبيان الجنس فيحمل معنى ثم الكلام بنفسه لكنه اشتمل على نوع ابهام فهي للبيان كقوله تعالى
فاجتنبوا الرجس من الاوثان والاخص للتبعيض وقولها خالعني على ما في يدي كلام تام بنفسه حتى جاز الاقتصار عليه الا ان فيه نوع
ابهام لان ما في يدها ما يعرف من اي جنس هو فتعين للبيان وقوله ان كان ما في يدي من الدراهم غير تام بنفسه حتى لا يجوز الاقتصار
عليه فكانت للتبعيض وذكر القدوري في مختصره انها لو قالت خالعني على ما في يدي من دراهم او من الدراهم ففعل ولم يكن في يدها
شيء فعليها ثلاثة دراهم فسوى بين المنكر والمعرف باللام ووجهه ما بيناه في المنكر فان قيل ينبغي ان يلزمها درهم واحد
في المعرف لان الجمع المعرف باللام بمنزلة المفرد المعرف بها حتى يصرف الى ادنى الجنس عند تعذر صرفه الى الكل كما اذا حلف لا يشتري
العبيد او لا يتزوج النساء قلنا انما يصرف الى الجنس اذا عري عن قرينة دالة على العهد وقد وجد هنا القرينة الدالة على العهد
وهو قولها على ما في يدي فلا تكون للجنس فوجب اعتبار الجمعية فيه بخلاف المستشهد به لانه ليس فيه قرينة تدل على العهد
قال حميد الدين انما تكون للجنس اذا امكن ارادة كل جنس فيحمل على الادنى مع احتمال الكل واما اذا استحال فلا وفي مسئلتنا
استحال ان يكون دراهم كل العالم في يدها فلا تكون للجنس فلا تبطل معنى الجمعية فيه لا تبطل الا في ضمن كونها للجنس وجوز
ان يكون الالف واللام لتحسين الكلام لا للتعريف كقوله تعالى كمثل الحمار يحمل اسفارا فوجودهما كعدمهما فلا يفيدان التعريف
ومنه قول الشاعر باعد ام العمرو من اسيرها حراس ابواب على قصورها **قال** وان خالعها على عبد آبق لها على
انها بريئة من ضمانه لم تبرأ لانه عقد معاوضة فيقتضي سلامة العوض واشتراط البراءة منه شرط فاسد فيبطل الشرط
لكونه مخالفا لموجب العقد ولا يبطل الخلع لانه لا يبطل بالشروط الفاسدة كالنكاح بخلاف البيع حتى لا يصح في الآبق ويبطل بالشروط الفاسدة ايضا لانهما منهي عنهما فيه لا في الخلع فاذا بطل شرط البراءة عنه وجب عليها تسليم عينه ان قدرت عليها والا فتسليم
قيمته كما في المقبوضة على مثل عبد الغير **قال** ولو قالت طلقني ثلاثا بالف فطلق واحدة فله ثلث الالف وبانت لان الباء تصحب الاعواض

[illegible]

ما قرب منه انتهاؤها وقالت طلقني ثلاثا على الف فطلقها واحدة كان عليها حصتها من الالف ولها ان على

وضعا فاذا تعذر حمله على الوجوب فاذا تعذر فيحمل على الشرط مجازا للمناسبة بين الشرط والوجوب من حيث اللزوم ومنه قوله تعالى

يبايعنك على ان لا يشركن بالله شيئا اي بشرط ان لا يشركن ولو قال انت طالق على ان تدخل الدار كان الدخول

شرطا وامكن العمل به في الطلاق لانه يقبل التعليق بالشرط بخلاف البيع والاجارة لانهما لا يقبلانه فجعل مجازا على الله

فاذا كانت على الشرط فلا يتوزع المشروط على اجزاء الشرط لان المعلق بالشرط لا يوجد الا عند استكمال الشرط لان علامة على وجوده

الجزاء كما اشتراط المسابقة فان الكل علامة واحدة فلا يوجد الجزاء بدونه فيقع رجعيا لانه صريح خلي عن العوض بخلاف المشهد

به لانها الاعوض لها في طلاق ثلاثة ليجعل ذلك كالشرط منها وفي رواية اشتراط ايقاع الثلاث على نفسها عوض صحيح فافترقا

قال طلقي نفسك ثلاثا بالف او على الف فطلقت واحدة لم يقع شيء يعني لو قال لها الزوج طلقي نفسك ثلثا بالف او على الف

فطلقت نفسها واحدة لم يقع شيء لانه لم يرض بالبينونة بالف فكانت ببعضها اولى ان ترضى **قال** انت طالق بالف

او على الف فقبلت لزم وبانت اي لزم المال وبانت المراة لانه مبادلة او تعليق جزما فيقتضي سلامة البدلين او وجود الشرط

وذلك بما ذكرنا ولا بد من قبولها لانه عقد معاوضة او تعليق بشرط فلا تنعقد المعاوضة بدون القبول ولا المعلق ينزل

بدون الشرط اذ لا ولاية لاحدهما في الزام صاحبه بدون رضاه والطلاق باين لانها ما التزمت المال الا لتسلم لها نفسها وذلك با

لبينونة **قال** انت طالق وعليك الف او انت حر وعليك الف طلقت وعتقت مجانا اي لو قال للمراة انت طالق وعليك

الف او قال لعبده انت حر وعليك الف طلقت المراة وعتق العبد بغير شيء قبلا او لم يقبلا وهذا عند ابي حنيفة وقالا ان

قبلا وقع الطلاق والعتاق ولزمهما المال والا فلا وعلى هذا الخلاف لو قالت طلقني ولك الف او قال العبد اعتقني ولك

الف ففعل لهما انه يستعمل للمعاوضات فان قولهم احمل هذا ولك درهم كقولهم احمله بدرهم فانه يفهم منه وجوبه

بسببه ولا يقال في الاجارة قرينة تدل على وجوبه لانها عقد معاوضة لانا نقول الخلع ايضا عقد معاوضة فاستويا

ولان الواو تكون للحال والاحوال شروط على ما عرف في موضعه فيصير كانه قال انت طالق في حال وجوب الالف لي

عليك او قال لعبده اد الي الفا وانت حر وله ان قوله وعليك الف او ولك الف جملة تامة فيكون مبتديا ولا يتصل

بما قبله الا بدلالة الحال لان الاصل في الجمل الاستقلال الا ترى انه لو قال ان دخلت الدار فانت طالق وضرتك طالق

طلقت ضرتها في الحال لما قلنا حتى لو كانت قاصدة بان قال ان دخلت الدار فانت طالق وضرتك طالق تعلق طلاق ضرتها

بالشرط لكونه معطوفا فلا يكون مستقبلا ولو قال ان دخلت الدار فانت طالق وعبدي حر تعلق عتق عبده بدخول

الدار وان كان جملة تامة لانه في حق التعليق قاصر لان الخبر الاول لا يصلح ان يكون خبرا فكان الخبر محتاجا اليه

بخلاف طلاق الضرة لان الخبر الاول يصلح خبرا له ولو كان عند عدم التعليق لاقتصر على قوله وضرتك فاذا كان

مستقبلا يكون كلاما مبتداء لا تعلق له بالاول فيصير قوله وعليك الف او قولها ولك الف بمجرد دعوى او وعد

بخلاف البيع والاجارة لانهما لا يوجدان بدون المال فلا يفتكان عنه ولهذا اذا قال له خيط هذا الثوب ولم يذكر له

الاجر يكون استيجارا باجر المثل وفي البيع تجب القيمة وبخلاف قوله اد الي الفا وانت حر لان اول كلامه غير مفيد

[illegible]

وقالا لا يصح لها ايضا فيقع الطلاق ويلزم المال المشروط في الوجهين لان ايجاب الزوج يمين ولهذا لا يملك

الرجوع عنه ويتوقف على ما وراء مجلس العقد ويصح اضافته وتعليقه بالشرط لكون الموجب من جانبه طلاقا وقبولها

شرط اليمين فلا يصح خيار الشرط فيهما لان الخيار للفسخ بعد الانعقاد لا للمنع من الانعقاد واليمين وشرطها

لا يحتملان الفسخ وله ان الخلع من جانبها معاوضة لكون الموجب من جهتها مالا ولهذا يصح رجوعها قبل

القبول ولا يصح اضافته وتعليقه بالشرط ولا يتوقف الى ما وراء المجلس فصار كالبيع ولا نسلم انه للفسخ بعد

الانعقاد في حق الحكم وهو المذهب عندنا وكونه شرطا لليمين الزوج لا يمنع ان يكون معاوضة في نفسه كمن

قال لآخر ان بعتك هذا العبد فعبدي الآخر حر فان البيع شرط لعتق العبد وهو في نفسه معاوضة

وجانب العبد في الاعتاق مثل جانب المراة في الطلاق حتى يصح اشتراط الخيار له دون المولى فيبطل برد العبد

الخيار في الثلاث وان لم يرد حتى مضت عتق ولزمه المال كما في حق المراة والجامع بينهما ان المراة لا تحصل لها

بالخلع شيء لان البضع ليس له حكم عند الخروج وكذا مالية العبد تتلف على ملك المولى بالاعتاق ومع هذا

جاز قبول المال فيهما **قال** طلقتك امس بالف فلم تقبلي فقالت قبلت صدق بخلاف البيع لان الطلاق بمال

يمين من جانبه وقبولها شرط الحنث فيتم اليمين بلا قبول فلا يكون الاقرار بها اقرارا بالحنث لصحتها بدونه

بل هي ضده ولهذا ينتقض به فيكون القول قوله في الحنث لانه منكر وجود الشرط بخلاف ما اذا قال لغيره

بعتك هذا العبد فلم يقبل حيث لا يقبل قوله في انكار القبول لان الاقرار بالبيع يكون اقرارا بالشراء لانه

لا يتم الا به فانكاره يكون رجوعا عنه فلا يصح **قال** ويسقط الخلع والمباراة كل حق لكل واحد

على الآخر مما يتعلق بالنكاح حتى لو خالعها او باراها بمال معلوم كان للزوج ما سمت له ولم يبق لاحدهما قبل صاحبه

دعوى في المهر مقبوضا كان او غير مقبوض قبل الدخول بها او بعده وهذا عند ابي حنيفة وقال محمد لا يسقطان

الا ما سمياه وابو يوسف مع محمد في الخلع ومع ابي حنيفة في المباراة لمحمد ان هذا عقد معاوضة فيجب الاقتصار

على المسمى كساير المعاوضات وكالطلاق وكالابانة بعوض وهذا لانه لا تاثير لعقد المعاوضة الا في استحقاق

المشروط ولهذا لا يسقط بهما دين آخر بسبب آخر غير النكاح ولا نفقة العدة مع كونه يتعلق بالنكاح واستحق

من المهر ولابي يوسف المباراة تقتضي البراءة من الجانبين مطلقا لانها مفاعلة من البراءة وانما قيدناه بحقوق

النكاح لدلالة الحال وهو ان غرضهما ان يبرا كل منهما بالمعاشرة لا بالمعاملة فيرجع كل واحد منهما على

صاحبه بما كان له قبل المعاشرة ولابي حنيفة ان الخلع ايضا يقتضي البراءة من الجانبين لانه ينبئ عن الخلع

وهو الفصل ولا يتحقق ذلك الا اذا لم يبق لكل واحد منهما قبل صاحبه حق والا تحققت المنازعة بعد وليس

في لفظ الطلاق والابانة ما يدل على اسقاط الحقوق مع انه ممنوع في رواية الحسن عن ابي حنيفة اذا كانا على مال وساير

الديون ليس وجوبها بسبب النكاح فلا يدل اللفظ على سقوطها على انه ممنوع في رواية ونفقة العدة لم تجب بعد

[illegible]

ثم جملة الخلع على اقوال ابي حنيفة على اربعة اوجه فان قال ان لا يسميا شيئا او يسميا المهر او بعضه او مالا اخر وكل سنة
وجه على وجهين اما ان يكون المهر مقبوضا او غير مقبوض وكل وجه على وجهين اما ان يكون قبل الدخول او
بعده فصارت عشر وجها فان لم يسميا شيئا ابرى كل واحد منهما عن حق الاخر مما لزمه بالنكاح في الصحيح سواء
قبل الدخول او بعده وكان المهر مقبوضا او غير مقبوض حتى لا يجب عليها رد ما قبضت لو كان قبل الدخول وروي
عنه انه لا يبرا عنه وروي عنه انه يبرا عن دين اخر وان سميا المهر وهو الف درهم مثلا فان كان بعد الدخول
ولم يكن مقبوضا سقط عنه كله وان كان مقبوضا رجع عليها بجميعه بالشرط وان كان قبل الدخول فان كان المهر مقبوضا
ففي القياس يرجع عليها بالف وخمسمائة الف بالشرط وخمسمائة بالطلاق قبل الدخول وفي الاستحسان يرجع عليها بالالف
المقبوض فقط لان المهر اسم لما تستحقه المراة وهو خمسمائة قبل الدخول فيجب عليها رده هكذا ذكره قاضي خان وينبغي ان لا يجب
عليها الا خمسمائة بالشرط ويسقط عنها الباقي بحكم الخلع كما اذا خالعها على مال اخر حيث لا يجب عليها غيره استحسانا وكما اذا سميا
بعض المهر فانه يجب عليها المسمى بالشرط ويسقط عنها الباقي بحكم الخلع استحسانا على ما يجي من قريب وان لم يكن المهر مقبوضا
ففي القياس يسقط عنه جميع المهر ويرجع عليها بخمسمائة لانه يستحق عليها الفا بالشرط وهي تستحق عليه خمسمائة بالطلاق قبل الدخول
فيلتقيان قصاصا بقدره ويرجع عليها بالزايد وفي الاستحسان لا يرجع عليها بشي كما ذكرنا لان المهر اسم لما تستحقه
المراة وهو خمسمائة فيجب لها خلك عليه ويجب له مثلها عليها بالشرط فيلتقيان قصاصا وان سميا بعض المهر فان خالعها على عشر مهرها
مثلا والمهر الف فان كان بعد الدخول والمهر مقبوض رجع عليها بمائة درهم بالشرط وسلم الباقي لها وان لم يكن مقبوضا
سقط عنه كل المهر مائة بالشرط والباقي بحكم الخلع وان كان قبل الدخول فان كانت قبضت المهر ففي القياس يرجع عليها بستمائة
منها مائة بدل الخلع وخمسمائة بالطلاق قبل الدخول وفي الاستحسان يرجع عليها بخمسين درهما لان ذلك عشر مهرها قبل الدخول
لما ذكرنا وبرات المراة عن الباقي بحكم لفظ الخلع وان لم يكن المهر مقبوضا سقط عنه كله استحسانا العشر بالشرط والنصف بال
طلاق قبل الدخول والباقي بحكم الخلع وان سميا مالا اخر غير المهر فان كان بعد الدخول وكان المهر مقبوضا فله المسمى
لا غير وان لم يكن مقبوضا فله المسمى وسقط عنه المهر بحكم الخلع وان كان قبل الدخول فان كان المهر مقبوضا فله المسمى وسلم
لها ما قبضت فلا يجب عليها رد شي منه وان لم يكن مقبوضا فله المسمى بالشرط وسقط عنه المهر بحكم الخلع قال وان خالع
صغيرته بمالها لم يجز عليها اي لو خالع الاب ابنته الصغيرة بمالها لم ينفذ عليها اما في حق وجوب المال فظاهر لان
الخلع على مالها كالمتبرع به لكونه مقابلا بما ليس بمال ولا متقوم وهو منافع البضع لانها لا قيمة لها حالة الخروج ولهذا يعتبر
خلع المريضة من الثلث بخلاف نكاح المراة لمريض وكذا لو تخلعها انسان لا يضمن لزوجها شيا من منافع بضعها والاب لا يملك
التبرع بمالها واما في حق الطلاق ففيه روايتان وقوله لم يجز عليها يحتمل وجهين احدهما ان لا يقع الطلاق بقبول الاب
لان الاب لما لم يضمن بدل الخلع كان هذا خلعا مع البنت كانه خاطبها بذلك فيتوقف على قبولها كالكبيرة اذا خالع عنها الاجنبي
والثاني انه لم ينفذ عليها في حق وجوب المال فقط ويقع الطلاق بقبول الاب وهو الاصح ذكره في المنتقى ووجهه انه

١٢
على الاجنبي على ما تقدم بخلاف بدل العتق حيث لا يجوز اشتراطه على الاجنبي والفرق ان الاعتاق اثبات القوة
والطلاق اسقاط الملك ولا يحصل لها به شي لم يكن لها من قبل واشتراط البدل في التزام المال ابتداء كالكفالة فيصح اشتراطه
على الاجنبي كما يصح عليها وفي العتق يحصل له به قوة شرعية فصار معاوضة كالبيوع لا يصح اشتراطه على الاجنبي كالثمن
والدليل على انه معاوضة انه لو اعتقه على خمر انه يجب عليه قيمة نفسه ولو خلعها عليه لا يجب شي فافترقا ولو شرط الزوج
البدل عليها توقف على قبولها ان كانت اهلا له بان تكون مميزة وهي التي تعرف ان الخلع سالب والنكاح جالب فان قبلت
وقع اتفاقا لوجود الشرط ووقوع الطلاق يعتمده دون لزوم المال على ما تقدم وان قبل الاب عنها صح في رواية
لانه نفع محض لانها تتخلص عن عهدته بلا مال ولذلك صح منها فصار كقبول الهبة ولا يصح في اخرى لان قبولها
بمعنى شرط اليمين وهو لا يحتمل النيابة وهذا هو الاصح منها فصار كقبول الهبة ولا يصح في اخرى لان قبولها وان خالعها
على مهرها توقف على قبولها فان قبلت وقع الطلاق ولم يسقط من المهر شي لما ذكرنا وان قبله الاب فعلى الروايتين
ما لم يضمنه وان ضمنه صح ووقع الطلاق لوجود الشرط وهو المقصود ثم قيل تاويل المسئلة ان يخالعها على مال اخر
مثل مهرها اما الخلع على مهرها فغير جائز لان الاب ليس له ولاية ابطال ملكها بمقابلة ما ليس بمتقوم فلا يعتبر ضمانه
في ذلك والاصح ان الخلع على مالها كالخلع على مال اخر لان العقد يتناول مثله لا عينه وضمان الاب اياه صحيح ثم بعد ذلك
ننظر فان كان مهرها الفا مثلا وكان قبل الدخول لزمه الالف قياسا وفي الاستحسان يلزمه خمسمائة وقد تقدم وجههما
واصله ان الكبيرة اذا خالعت على مهرها وهو الف قبل الدخول بها وقبل قبض المهر في القياس يلزمها خمسمائة لانه
وجب له عليها الف بالشرط ووجب لها عليه خمسمائة بالطلاق قبل الدخول فالتقيا بقدره قصاصا فبقي عليها خمسمائة
زايدة وبعد القبض يجب عليها الف وخمسمائة الف بالشرط وخمسمائة بالطلاق قبل الدخول بها وفي الاستحسان لا يجب
عليه شي قبل القبض لان المهر يراد به ما تستحقه المراة عرفا وهو نصف المهر فيسقط عنه وبعد القبض يجب عليها
رد خمسمائة بالشرط لما قلنا وتبرا عن الباقي بحكم الخلع وعلى ما ذكره قاضي خان فيما تقدم يجب عليها رد الف كله ثم جملة
ما فيه انه يقع الطلاق بقبولها في الصور كلها وفي وقوعه بقبول الاب روايتان ما لم يضمن ولو ضمن وقع كما
في الكبيرة اذا خالع عنها الاجنبي وقد ذكرنا حكم خلع الاب فتذكر لعطفه من حكم خلع الاجنبي ليزداد وضوحا
لكونه مبنيا عليه فنقول بدل الخلع اذا اضيف الى الاجنبي يشترط قبوله وان اضيف الى المراة او الى الغير والمراة مخاطبة
او لم يضف الى احد يشترط قبولها لانها اولى بهذا العقد اذ الملك يسقط عنها بيانه رجل قال لاخر اخلع امراتك
على هذا العبد او على هذه الالف فالقبول الى المراة لان البدل لم يضف الى احد ولزمها تسليم ذلك او قيمته ان عجزت ولو
قال اخلعها على عبدي هذا او على الفي هذا فخلعها صح الخلع ولا يحتاج الى قبول المراة لان العاقد هو الاجنبي ولا الى
قبوله لان الواحد يتولى طرفي العقد كالنكاح وكان البدل عليه لانه اضيف اليه وان استحق فعليه قيمته ولو قالت
لزوجها اخلعني على عبد فلان او داره فاجابها يشترط قبولها لانها مخاطبة وكذا لو قال الزوج خالعتك على عبد فلان

ولو ضمن الوكيل صح وطولب به واذا ادى رجع به عليها لانه يملك الخلع من مال نفسه بغير امرها فكان فايدة الامر
بالخلع وجوب الرجوع عليها بخلاف الوكيل بالنكاح اذا ضمن حيث لا يرجع على الزوج الا اذا ضمن بامره لانه لا يملك ان
يتزوجه بغير امره فكان فايدة الامر جواز النكاح والصلح عن دم العمد كالخلع في جميع ما ذكرنا **باب**
الظهار **قال** هو تشبيه المنكوحة بمحرمة عليه على التابيد وزاد في النهاية لفظة اتفاقا ليخرج ام المزني بها
وبنتها لانه اذا شبهها بهما لا يكون مظاهرا على التابيد وعزاه الى شرح الطحاوي وفي شرح الكتاب يكون مظاهرا عند
ابي يوسف خلافا لمحمد بناء على ان القاضي اذا قضى بجواز نكاحها ينفذ عنده خلافا لابي يوسف وذكر في المحيط لو قبل امراة
او لمسها او نظر الى فرجها بشهوة ثم شبه امراته بابنتها لم يكن مظاهرا عند ابي حنيفة ولا يشبه هذا الوطء لان
حرمته منصوص عليها وحرمة الدواعي غير منصوص عليها وهو في اللغة مقابلة الظهر بالظهر لانهما اذا كان بينهما
شحنا يجعل كل منهما ظهره الى ظهر الاخر وشرطه ان تكون المراة منكوحة والرجل من اهل الكفارة حتى لا يصح ظهار الذمي
وركنه قوله انت علي كظهر امي او ما يقوم مقامه وحكمه حرمة الوطء والدواعي الى وجود الكفارة وكان طلاقا في الجاهلية
فقرر الشرع اصله ونقل حكمه الى تحريم موقت بالكفارة **قال** حرم عليه الوطء ودواعيه بانت علي كظهر امي حتى
يكفر عن ظهاره لقوله تعالى والذين يظهرون من نسائهم الى ان قال فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا نزلت في خولة ابنة
مالك بن ثعلبة امراة اوس ابن الصامت راها وهي تصلي وكانت حسنا فلما سلمت راودها فابت فغضب فظاهر
منها فاتت النبي عم فقالت ان اوسا تزوجني وانا مرغوب في فلما خلا سني ونثرت بطني جعلني كامه وروي انها
قالت له عليه الصلاة والسلام ان لي صبية ان ضممتهم اليه ضاعوا وان ضممتهم الي جاعوا فقال عليه الصلاة والسلام
ما عندي من امرك شيء وروي انه عم قال لها حرمت عليه فهتفت وشكت الى الله تعالى فنزلت الاية فقال عليه الصلاة
والسلام يعتق رقبة فقالت لا يجد قال فيصوم شهرين متتابعين قلت يا رسول الله شيخ كبير ما به من صيام
قال فليطعم ستين مسكينا قالت ما عنده من شيء فقال سأعينه بعرق من تمر فقلت اني اعينه بعرق اخر
فقال عم احسنت اذهبي فاطعمي عنه ستين مسكينا الحديث ولان الله منكر من القول وزورا حيث شبه من
هي في اقصى غايات الحل بمن هي في اقصى غايات الحرمة فناسب ان تجازى به بالحرمة المغياة بالكفارة والوطء اذا
حرم حرم بدواعيه كيلا يقع فيه كما في حالة الاحرام والاعتكاف والاستبراء بخلاف الحايض والصايم لانه
يكثر وجودهما فلو حرم الدواعي لافضى الى الحرج ولا يقال كثرة الوجود تدعو الى سرع الزاجر ليقل فلا يدل
على السقوط لانا نقول ايام الفطر والطهر اكثر فيوجد الوطء فيهما بفقد الرغبة فلا يدعو الى سرع الزاجر ولان
الدواعي لا تفضي الى الوطء في حالة الحيض لان الطباع تنفر عنها فلا تكون داعية في هذه الحالة والحرمة باعتباره
فلا تحرم وقال الشافعي لا تحرم الدواعي لان التماس اريد به الدليل على المجاز او نقول انه يتناول المجاز لفظا فيلحق غيره
به بالقياس احتياطا في موضع الحرمة ويحمله لا تحرم الجمع بينهما **قال** فلو وطئ قبله استغفر ربه فقط اي لا

رواه ابو داود والنسائي وابن ماجة والترمذي وقال حسن غريب صحيح وفي رواية قال له استغفر الله
ربك ولا تعد حتى تكفر ولو كان شيء اخر واجبا عليه لبينه عليه الصلاة والسلام له **قال** وعوده عزمه على
وطيها اي عود المظاهر وهو العود المذكور في قوله تعالى ثم يعودون لما قالوا عزمه على وطء المظاهرة منها
وقال الشافعي سكوته عن طلاقها وهذا فاسد من وجهين احدهما ان الظهار لم يوجب تحريم العقد حتى يكون
العقد امساكها والثاني ان ثم للتراخي وفيما اذا قاله تدركه لانه يتصل به سكوته عن طلاقها وهذا بعيد لا يفهم من
لفظ النص اصلا وقال مالك العود الوطء نفسه وهذا يرده الحديث الذي رويناه لانه يقتضي تقدم الكفارة على الوطء
وهذا القول ينفي جوازها قبل الوطء وكذا الاية ترده لان الله تعالى اوجب عليه التحرير بعد العود قبل التماس
فلو كان العود هو الوطء ما استقام وقالت الظاهرية العود ان يتكلم بالظهار مرة اخرى ولا يحرم وطيها
بدون الثانية وهذا لا يخفى فساده واللفظ لا يحتمله لانه لو اريد به ذلك لقيل يعيدون القول الاول بضم الياء و
كسر العين من الاعادة لا من العود وكذا الحديث الذي رويناه ينفيه لانه عم اوجب الكفارة عليه ولم يسأله
عن الظهار هل كرره ام لا ولو كان المراد به التكرار لسأله واللام في قوله تعالى لما قالوا بمعنى الى وقيل بمعنى في
وقال الفراء بمعنى عن اي يرجعون عما قالوا فيريدون الوطء والعود الرجوع قال عليه الصلاة والسلام العايد
في هبته كالعايد في قيئه وهذا تاويل حسن لان الظهار موجبه التحريم المؤبد فاذا قصد وطيها فقد عزم عليه رجع
عما قال فلهذا تجب عليه الكفارة حتى لو ابانها او لم يعزم على وطيها لم تجب عليه لعدم الرجوع وكذا لو مات احدهما و
لو عزم ثم رجع وترك العزم سقطت عنه لان وجوبها لاجل الوطء فتحل على مثال من يريد ان يصلي النفل يؤمر
بالطهارة ثم اذا رجع وترك التنفل لا يؤمر بها ثم سبب وجوب الكفارة هو الظهار والعود لان الكفارة دايرة
بين العقوبة والعبادة فيكون سببها دايرا ايضا بين الحظر والاباحة حتى تتعلق العقوبة بالحظر والعبادة بالمباح
وانما جاز تقديم الكفارة على العود لانها وجبت لدفع الحرمة الثابتة في الذات فيجوز بعد ثبوت تلك الحرمة لترتفع بها كما
قلنا في الطهارة انها تجوز قبل ارادة الصلاة مع انها سببها لانها شرعت لدفع الحدث فتجوز بعد وجوده ولهذا
جازت الكفارة بعد ما ابانها او بعد ما انفسخ العقد بالارتداد او غيره لان هذه الحرمة لا تزول بغير التكفير لانها
من اسباب الحل كما في اليمين واصابة الزوج الثاني وللمراة ان تطالبه بالوطء وعليها ان تمنعه من الاستمتاع بها حتى
يكفر وعلى القاضي ان يجبره على التكفير دفعا للضرر عنها **قال** وبطنها وفخذها وفرجها كظهرها اي بطن
امه وفخذها وفرجها كظهرها حتى لو شبه امراته بعضو من هذه الاعضاء يكون مظاهرا لان هذه الاشياء يحرم
عليه النظر اليها ومسها والظهار ليس الا تشبيه المحللة بالمحرمة وهذا المعنى يتحقق في هذه الاعضاء بخلاف اليد
ونحوها لانه يجوز النظر اليها ومسها بلا شهوة **قال** واخته وعمته وامه رضاعا كامه اي كامه نسبا حتى يصير
مظاهرا بتشبيه منكوحته بواحدة منهن لان شرطه ان تكون محرمة عليه على التابيد على ما ذكرنا وقد وجد ذلك فيهن

ومن جانب المحرم وشرطه ان يكون عضوا لا يجوز النظر اليه على ما بينا وقد وجد قال وان نوى بانت علي
مثل امي برا او ظهارا او طلاقا فكما نوى والا لغا اي وان نوى بقوله لامرأته انت علي مثل امي احد هذه
الاشياء التي ذكرها فهو كما نوى وان لم يكن له نية فليس بشيء ومعناه انه اذا قال لها ذلك تستفسر لانه يحتمل
وجوها من التشبيه فان قال نويت البر اي الكرامة فهو كما قال لان التكريم بالتشبيه فاش في الكلام فصار كانه قال
انت عندي في استحقاق الكرامة والبر مثل امي وان قال نويت به الظهار فهو ظهار لانه شبهها بجميعها وفيه تشبيه
بالعضو لكنه غير صريح فيه فتشترط نيته وان قال نويت به الطلاق فهو طلاق باين لانه شبهها بالام في الحرمة فكانه
قال انت حرام علي ونوى الطلاق وان قال لم انو به شيئا فليس بشيء عند ابي حنيفة وابي يوسف لاحتمال الحمل على الكرامة
وهذا لان كاف التشبيه لا عموم لها فتعين الادنى ولان كلام المسلم يحمل على الصحيح ما امكن وفي جعله ظهارا احمل على
المنكر والزور وقال محمد هو ظهار لانه شبهها بجميعها فيدخل العضو في الجملة وعن ابي يوسف مثله اذا كان في حالة
الغضب وعنه انه يكون ايلاء لان امه محرمة عليه بالنص فحمل عليه لان الحرام يمين بالنص وان نوى به التحريم لا غير فعند
ابي يوسف يكون ايلاء ليكون الثابت به ادنى الحرمات لان سبب الايلاء وحكمه اخف ويمكن رفعه بالوطء ولا يبقى حكمه
بعد زوج آخر ولا يثبت للحال ولا يجبره القاضي اذا امتنع بخلاف الظهار وعند محمد يكون ظهارا لان كاف التشبيه تختص
به وقال قاضي خان في شرح الجامع الصغير انه اذا نوى التحريم ذكر في بعض النسخ انه ايلاء عند ابي حنيفة وابي يوسف والاصح
انه يكون ظهارا عند الكل لان التحريم المؤكد بالتشبيه ظهار ولو قال انت علي كامي فهو مثل قوله انت علي مثل
امي في جميع ما ذكرنا قال وبانت علي حرام كامي ان نوى ظهارا او طلاقا فهو كما نوى لان قوله انت علي حرام
ومن الكنايات فيكون طلاقا بالنية وقوله كامي لتاكيد تلك الحرمة ولا يخرج من ان يكون طلاقا وان نوى به ظهارا فظهار
لانه شبهها في الحرمة بامه ولو شبهها بظهرها كان ظهارا فبكلها اولى وانتفى احتمال البر والكرامة هنا بالتقييد
بالحرمة وان لم يكن له نية فهو ظهار لان لفظه محتمل فيثبت به الادنى والحرمة بالظهار دون الحرمة بالطلاق ولان الحرمة
بالظهار لا تزيل الملك والحرمة بالطلاق تزيله وعند ابي يوسف هو ايلاء لما مر قال وبانت علي حرام كظهر امي
طلاقا او ايلاء فظهار اي لو نوى بقوله انت علي حرام كظهر امي طلاقا او ايلاء لا يكون الا ظهارا لان هذا اللفظ صريح في
الظهار فلا يعمل فيه بالنية وقوله حرام توكيد مقتضى اللفظ فلا يعتبر به وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد
ان نوى ظهارا او لم يكن له نية فهو ظهار وان نوى طلاقا فطلاق وان نوى ايلاء فايلاء لان كلا منهما محتمل كلامه لان قوله انت
علي حرام يحتمل الطلاق والايلاء لو اقتصر عليه وقوله كظهر امي توكيد لتلك الحرمة فلا يعتبر به ثم عند محمد ان نوى الطلاق لا
لا يكون ظهارا الا انه لما وقع الطلاق بقوله انت علي حرام بانت ولا يصير مظاهرا بعد ذلك بقوله كظهر امي لان الظهار من المبانة
لا يصح ولا يقال الظهار والطلاق يوجدان معا بقوله انت علي حرام لانا نقول اللفظ الواحد لا يحتمل معنيين وقال ابو يوسف
يكونان معا الظهار بلفظه والطلاق بنيته كما لو قال زينب طالق وله امرأة معروفة بهذا الاسم فقال لي امرأة اخرى بهذا الاسم
وعينت به تلك تقع عليها
بالنية وعلى العدد وهو الظاهر
وان نوى به الايلاء ينبغي ان يكون
ايلاء وظهارا باتفاقهما لعدم
التنافي بينهما قال ولا ظهار
من الامة زوجته لقوله تعالى والذين
يظاهرون من نسائهم الاية
ولفظ النساء يحتمل يتناول المنكوحات
حتى لو ظاهر من امته لم يكن مظاهرا
خلافا لمالك وحجته عليه ما تلونا
اذ لفظ النساء مضاف الى الازواج
لا يتناول الاماء ولهذا
لم يدخلن في قوله تعالى

وامهات نسائكم وفي قوله تعالى للذين يؤلون من نسائهم تربص اربعة اشهر حتى لا يحرم عليه ام امته بغير وطء ولا يصير
موليا من امته ولان الظهار كان طلاقا في الجاهلية فنقل الشارع حكمه الى تحريم موقت بالكفارة والامة ليست بمحل للطلاق
فلا تكون محلا للظهار كالايلاء كان طلاقا للحال فاخره الشارع الى مضي اربعة اشهر فلا يثبت ذلك الا فيمن يثبت في حقه
الاصل ولان الحل ليس بمقصود في الامة وانما المقصود الاستخدام حتى يثبت ملك اليمين فيمن لا يحل له وطؤها كالام
زوجة وبنتها وامه من الرضاع فلا تكون مقصودة بالتحريم اذ الحل فيها تابع لملك اليمين لا مقصود ولهذا لو
اشترى امة فوجدها ممن لا يحل له وطؤها برضاع او غيره ليس له ان يردها على البايع وفي المنكوحة اصل فيمتنع
الالحاق ولا يقال ان الامة محل للظهار بقاء بان ظاهر من امرأته وهي امة لغيره ثم اشتراها بقي حكم الظهار
الاول على حاله حتى لا يجوز وطؤها قبل ان يكفر وكذا لو ظاهر منها ثم طلقها ثنتين ثم اشتراها لا يحل له وطؤها بعد
زوج آخر حتى يكفر عن ظهاره لانا نقول ذلك في حالة البقاء ولا امتناع في الابتداء وكم من شيء يثبت بقاء وان لم يمكن
اثباته ابتداء كبقاء النكاح في العدة وكالحرمة الغليظة بالطلاق فانه لا يثبت في الامة ابتداء ويبقى بعد ما يثبت بقاء حتى
لا يحل له وطؤها بملك اليمين ولا التزوج بها بعد ما اعتقها ما لم تتزوج بزوج آخر فكذا هذا وهذا لان وقت
ثبوته كانت محلا له فيثبت لمصادفته المحل ثم لا يرتفع الا بعد ثبوته الا بشرطه قال فلو نكح امرأة بغير امرها فظاهر
منها فاجازته بطل اي لو تزوج امرأة بغير اذنها فظاهر منها قبل الاجازة ثم اجازت النكاح بطل الظهار لانه
صادق في التشبيه في ذلك الوقت فلا يجب عليه جزاء الزور بخلاف اعتاق المشتري من الفضولي حيث يتوقف وينفذ باجازة
البايع لانه من حقوق الملك ولهذا جاز له اعتاقه بل مندوب اليه والشيء اذا توقف يتوقف بحقوقه والظهار
محظور فلا يستحق بملك النكاح بل لا يجوز قال انتن علي كظهر امي ظهار منهن اي لو قال لنسائه انتن علي كظهر
امي ظهار منهن اي لو قال لنسائه انتن علي كظهر امي كان مظاهرا من جميعهن لوجود ركنه في حق كل واحدة
منهن وقال مالك وهو التشبيه فصار كالطلاق والعتاق والايلاء قال وكفر للكل اي وكفر لكل واحدة منهن وقال
مالك يكفيه كفارة واحدة اذا ظاهر منهن بكلمة واحدة كما لو قال لهن والله لا اقربكن ثم قربهن لا يلزمه الا كفارة
واحدة وهذا لان الظهار موجب للكفارة كالايلاء وقال بعضهم الظهار يمين لان فيه تحريم الحلال وذلك يمين
فلا يجب فيه الا كفارة واحدة ولنا ان الكفارة لانهاء الحرمة وهي تثبت في حق كل واحدة منهن فتتعدد الكفارة بتعددهن
بخلاف الايلاء لان الكفارة لهتك حرمة اسم الله تعالى فلا يتعدد الا بتعدد ذكر اسم الله تعالى وقول من قال ان الظهار
يمين فاسد لان الظهار منكر من القول وزور محض واليمين تصرف مشروع مباح ولهذا اختلفت كفارتهما
فكيف يجعل احدهما مثل الآخر وتحقيقه ان اليمين اما بالله او بصفة من صفاته او بالتعليق بشرط ولم يوجد واحد منهما
في الظهار فصل في الكفارة قال وهو تحرير رقبة اي كفارة الظهار تحرير رقبة والتذكير يتناول التكفير
وهي قبل الوطء لما تلونا وما روينا من حديث من واقع امرأته قبل التكفير ولان التكفير لانتهاء الحرمة الثابتة بالظهار فيقدم
على الوطء ليحل ولا فرق في ذلك
بين الذكر والانثى وبين الصغير
والكبير والكافرة والمسلمة لاطلاق
النص وقال الشافعي لا يجوز
الكافرة لان الكفارة حق الله تعالى
فلا يجوز صرفها الى عدوه كالزكاة
ولهذا لم يجز المرتد والمستامن
لا يجوز المرتد والذمي ناقص لانه عبد
المنذر كافرا واصل الخلاف انه
هل يحمل المطلق على المقيد ام لا فعندنا
لا يحمل وعنده يحمل اذا اتحد الجنس
وهنا قيده بالنص بالمؤمنة في كفارة
القتل يحمل عليه غيره من الكفارات
ولنا ان المنصوص عليه

اعتاق رقبة وهو اسم لذات مرقوقة مملوكة من كل وجه وقد وجد والتقييد بالايمان زيادة وهو نسخ فلا يجوز بالقياس
ولان فيه قياس المنصوص عليه على المنصوص عليه وهو باطل لان من شرط القياس ان يتعدى الحكم الشرعي الثابت بالنص بعينه الى فرع
هو نظيره ولا نص فيه وهذا لان القياس حجة ضعيفة لا يصار اليها الا عند عدم النص او شبهه حتى صار واجبا عن قول الصحابي
وهنا نص يمكن العمل به وهو اطلاق الكتاب ولا الفرع نظير الاصل لان قتل النفس اعظم ولهذا لم يشرع فيه الاطعام ولا يجوز
الحاقه بغيره فيحقق جواز الاطعام تغليظا للواجب عليه وتعظيما للجريمة حتى تتم صيانة للنفس فكذا لا يجوز الحاق غيره به في التغليظ
لان قيد الرقبة بالايمان للتغليظ فيناسبه دون غيره لان جريمة القتل اعظم والمقصود من التحرير تمكينه من الطاعة وارتكاب
المعصية منسوب الى سوء اختياره فلا يمنع من العتق وهذا لان المصروف الى الكفارة مالية دون اعتقاده وكونه عدو الله لا يمنع
التقرب الى الله بالاحسان اليه الا ترى انه تعالى قال لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم ولم يخرجوكم من دياركم ان تبروهم الاية ولهذا
لو نذر بالعتق خرج من العهدة بعتق الكافرة ولا يقال هو مامور بتحرير رقبة وهي نكرة فتخص في الاثبات وقد اريد بها المؤ
منة فلا تدخل الكافرة لانهما ضدان لانا نقول هذه مطلقة فتتناول رقبة على اي صفة كانت لان المطلق هو الذي يتعرض للذات
دون الصفات الا ترى انه يجوز الصغيرة والكبيرة وان كانا متضادين وكذا السوداء او البيضاء والذكر والانثى وغيرها من الاوصاف
المتضادة ويجوز المرتد عند بعض المشايخ قلنا انه يمنع وعند بعضهم لا يجوز لانه مستحق القتل حتى لو كانت مرتدة جازت بلا خلاف والعيب
اذا كان لا يفوت جنس المنفعة لا يمنع الصحة كساير العيوب ولهذا جاز الاصم والاعور ومقطوع احد اليدين واحد الرجلين من خلاف
والخصي والمجبوب ومقطوع الاذنين والمراد بالاصم الذي يسمع اذا صيح عليه فاما الاخرس فلا يجوز لفوات جنس المنفعة **قال**
ولم يجز الاعمى ومقطوع اليدين او ابهاميهما او الرجلين والمجنون والاصل ان فوات جنس المنفعة يمنع الجواز والاختلال لا يمنع
وهذا لان بقاء الانسان معنى يكون ببقاء منافعه وبفوات جنس المنفعة يكون هالكا معنى وفيما ذكر فوات البصر والبطش وقوته والمشي
فكان هالكا والانتفاع بالجوارح لا يكون الا بالعقل فكان اقوى من الاول والذي يجن ويفيق يجوز لان منفعة العقل غير فائتة
وانما هي مختلة وذلك لا يمنع الجواز **قال** والمدبر وام الولد لاستحقاقهما الحرية من وجه بجهة اخرى فكان الرق فيهما ناقصا
وقوله تعالى فتحرير رقبة يقتضي الكمال ويقتضي انشاء العتق من كل وجه واعتاقهما تعجيل لما صار مستحقا لهما فلا يكون انشاء من كل وجه
فلا يجوز وقال في الغاية يرد على قول صاحب الهداية فلو كان الرق فيهما ناقصا لما قال كل مملوك لي حر عتق عبيده ومدبروه
وامهات اولاده ولا يعتق مكاتبوه فدل على كمال الرق فيهما ولهذا يحل له وطء المدبرة وام الولد ولو كان الرق ناقصا فيهما لما
حل له وطئهما كالمكاتبة وهذا غلط وخطا من وجوه احدها انه جعل الرق في المكاتب ناقصا والثاني انه جعل نقصان الرق محرما
للوطء والثالث انه جعل المناط في قوله كل مملوك لي حر الرق وانما هو الملك والرابع انه جعل رق المدبر وام الولد كاملا وكيف
نذكر الفرق ونبين المعنى والمناط مختصرا فنقول في المكاتب رقه كامل لقوله عليه السلام المكاتب عبد ما بقي عليه درهم والملك فيه ناقص
لخروجه عن ملك المولى يدا والمدبر وام الولد عكسه فان رقهما ناقص وهي الرقبة المذكورة في النص لاستحقاقهما الحرية من
وجه والملك فيهما كامل لجواز التصرف فيهما ولهذا الحل في وطئهما وقوله تعالى فتحرير رقبة يقتضي رقا كاملا فيدخل فيه المكاتب دونهما

ويقتضي ملكا كاملا فيدخل فيه [illegible]
دون المكاتب فكان المناط في تحرير
الرقبة في الكفارة الرق وفي قوله
كل مملوك لي حر الملك ولهذا قال
صاحب الهداية في عتق المكاتب
في الكفارة في هذا الموضع لقيام الرق
فيه من كل وجه وقال في كفارة
الايمان لان الملك فيه غير ثابت يدا
ولهذا لا يملك اكسابه والحلال
ولا المكاتبة بخلاف المولى وقال في المدبر
وام الولد والقن اذ الملك ثابت
فيهما رقبة ويدا ولهذا ذكر الاول
[illegible] ايضا فيعلم بهذا
ان العتق فيه الرق

دون الملك لانه يثبت في اشياء لا تقبل العتق ولو كان ضد الملك لما ثبت لان شرط التضاد اتحاد المحل واذا كان الرق ناقصا
لا يجزيه لعدم الاعتاق من كل وجه لان الرق كان زايلا من وجه **قال** والمكاتب الذي ادى شيئا لانه تحرير بعوض وروى
الحسن عن ابي حنيفة انه يجوز لان الرقبة لم ينقص بما ادى فكان باقيا من كل وجه ولهذا يقبل الفسخ بخلاف المدبر وام الولد
على ما بينا ولان العتق مستحق عليه فيهما قبله فلا ينوب عن الواجب ابتداء **قال** فان لم يؤد شيئا او اشترى قريبه ناويا
بالشراء الكفارة او حرر نصف عبده عن كفارته ثم حرر باقيه عنها صح اما المكاتب الذي لم يؤد شيئا فلما ذكرنا ان الرق فيه كامل
فكان تحريرا من كل وجه وقال زفر والشافعي لا يجوز لانه استحق الحرية بجهة الكتابة فاشبه المدبر وام الولد بل اولى
لان استحقاق العتق بالكتابة فوق استحقاقه بالتدبير والاستيلاد ولهذا صار محرزا لمكاسبه ويمنع المولى من التصرف
فيه وفيما في يده ويضمن له الارش والعقر بالجناية والوطء **ولنا** ان الواجب تحرير الرقبة وهو تصييرها خلصا من قوة
حقا وقد وجد ولم يتمكن نقصان في رقبته بالكتابة لان عتقه معلق بشرط الاداء والمعلق به عدم قبل وجوده ولا يثبت بهذا
التعليق استحقاق الحرية كما في ساير الشروط بل اولى لان التعليق بساير الشروط يمنع الفسخ وهذا لا يمنع وهذا ايضا دليل
على انه لا يوجب نقصان الرق ولا يوجب له حق الحرية لان حق الحرية لا يقبل الفسخ كحقيقته الا ترى ان التدبير والاستيلاد لا
يقبله فيثبت بهذا ان الرق قايم في المكاتب من كل وجه والكتابة لا تنافي الرق لانها فك الحجر بمنزلة الاذن في التجارة الا انها
بعوض فيلزم من جهة المولى ولئن كانت الكتابة مانعة من العتق عن الكفارة تنفسخ بمقتضى الاعتاق اذ هي تقبله برضى المكاتب
وقد وجد رضاه دلالة لانه لما رضي بالعتق بعوض كان بغير عوض فيلزم من جهته التكميل اولى ولا يقال لو انفسخت الكتابة
لما سلم اليها الاولاد والاكساب وسلامتهما تدل على ان العتق حصل بجهة الكتابة لانا نقول الفسخ ضروري فيتقدر بقدرها
فيظهر في حق جواز التكفير ولا يظهر في حق استحقاق الاولاد والاكساب ولولا انه فسخ لما سقط عنه بدل الكتابة او نقول
سلامة الاولاد والاكساب باعتبار انه عتق وهو مكاتب لا لانه عتق بجهة الكتابة كما لو كاتب ام ولده ثم مات عتقت بجهة
الاستيلاد وسلم لها الاكساب والاولاد الذين ولدتهم قبل الاستيلاد ثم اشتراهم بعد الكتابة ولئن سلمنا انه عتق
بجهة الكتابة لا يلزم منه عدم الاجزاء عن الكفارة لان كلا منافي الاعتاق الصادر من المولى لان العتق الحاصل في المحل و
الكفارة تتادى بالاعتاق دون العتق لان العتق واحد في حق المحل فلا يتنوع والاعتاق تختلف جهاته فيجعل في حق المحل
عين ما استحقه بالكتابة وفي حق المولى اعتاقا بجهة الكفارة لقصده ذلك كالمراة اذا وهبت صداقها من زوجها قبل
القبض ثم طلقها قبل الدخول بها لا يرجع عليها بشيء ويجعل هبتها في حق الزوج تحصيلا لمقصوده عند الطلاق وفي حقها
تمليكا مبتدا ولا يقال الملك فيه قد انتقص بالكتابة حتى لا يدخل تحت الملك المطلق لانا نقول ان الله تعالى ما ذكر الملك وانما
شرط صيرورة ان العتق لا ينفذ الا في الملك فهذا القدر من الملك وهو ملك الرقبة كاف لنفوذ العتق فلا حاجة الى ملك اليد
فخروجه عن اليد لا يوجب نقصان الرق على ما مر وكذا وجوب الضمان على المولى بالجناية عليه او على ماله لان وجوبه ليتحقق
مقصوده للخروج عن ملكه واما اذا اشترى قريبه ينوي به عن كفارته فلان الشراء علة العتق على ما بيناه وهي

لان نيته لم تقترن بالعلة
عن الكفارة حين التحرير
فان قيل ثم اشتراه ينوي به
كما لو قال لعبد الغير ان اشتريتك
ولا لحقاقه الحرية بالقرابة فصار
اضافة العتق اليه لهذا المعنى
ثم قال وبينهما تنافي فاستحال
لانه سبب الملك والاعتاق لا يرد
من الاقارب والشراء شرط العتق
الغاية لانها علة وجوب الصلاة
ابي حنيفة الاول لانها علة العتق
زفر والشافعي التحرير وهو قول
بعينه فيكون عما نوى وقال

وهي اليمين وانما اقترنت بالشرط وهو الشراء فلا يعتبر ولهذا الشرط الاهلية عند اليمين دون الشرط وكذا
الضمان يجب على شهود اليمين لانه صاحب علة ولا يجب على شهود الشرط ولان فيه صدق منفعة الكفارة الى
ابيه فلا يجوز كالزكاة ولنا ان النية قارنت علة العتق فيصح وهذا لان شراء القريب علة العتق لان العلة هو
تحصيل التقية حدا اية الشراء الذي يتم تحصيل ولده الان يجد مملوكا حين يعتقه اي بالشراء الا
انه لا يحتاج الى غيره فصار اعتاقا كما في هذا كما يقال سقاه فاوراه وضربه فاوجعه اي بالسقي والضرب ولان الشراء
يوجب الملك وملك القريب يوجب العتق فيضاف الملك مع حكمه الى الشراء الا انهما احد نائبه وهو كمن رمى انسانا عمدا فاخا
صابه فمات يقتل به كانه جز رقبته بالسيف لان فعله وهو الرمي ادى الى النفوذ والمضي في الهواء فاوجب المضي
الوقوع عليه وافضى ذلك الى الجرح وهو سبب الموت فيضاف الكل اليه بالتسبب فيكون الرامي قاتلا له بهذه الوسايط فكذا
الشراء اوجب الملك والملك اوجب العتق لان الشرط ما لا اثر له في الايجاب والعتق فيه لا يثبت الا بالملك والقرابة ولكل
واحد منهما اثر فيه فجعلا علة ذات وجهين ثم ان وجدا معا اضيف الحكم اليهما وان تعاقبا كان الاخير هو العلة ولهذا
اذا اشترى نصف ابيه من احد الشريكين ضمن للاخر ان كان موسرا والضمان الذي يختلف باليسار والاعسار
لا يكون في الاعتاق ولو تاخر النسب بان ادعى احد الشريكين نسب عبد مشترك بينهما يضمن المدعي نصيب شريكه وهذا
اية العلة بخلاف احد الشاهدين لان الشهادة لا توجب شيئا بدون القضاء والقضاء بهما جميعا فلا يحال التلف الى الثاني
منهما تحققه ان العتق صلة والملك تاثير في ايجاب الصلات فصار علة واحدة فيضاف اليهما عند اجتماعهما وجودا او
لا يضاف الى الاخير بخلاف ما لو قال لعبد ان اشتريتك فانت حر فاشتراه ينوي به عن الكفارة حيث لا يجوز لان الشراء
هنا شرط محض لا تاثير له في ايجاب الحرية فقدان النية به لا تفيد حتى لو قرنت باليمين بان قال ان اشتريتك فانت حر
عن كفارة ظهاري اجزاه لاقتران النية بالعلة وهي اليمين بخلاف ما اذا قال لامة قد استولدها بالنكاح ثم اشتراها حيث
لا يجزيه عن الكفارة وان اقترنت علته بالنية نيته بالعلة لان عتقها مستحق بالاستيلاد السابق فاضيف العتق الى اليمين من
وجه لا من كل وجه فصار كانه اعتق ام الولد وقولهم ان العتق مستحق بالقرابة فاسد لان الاستحقاق لا يثبت قبل تمام
العلة ولا معنى لقولهم فيه صدق منفعة الكفارة الى ابيه لانه لما جاز صرفها الى عبده كان اولى ان يجوز الى قريبه وعلى هذا الخلاف
لو وهب له او تصدق عليه او اوصى له به وهو ينوي به الكفارة لان الملك بهذه الاسباب يحصل بصنعه وهو القبول بخلاف ما اذا
ورثه وهو ينوي عن الكفارة حيث لا يجزيه لان الميراث يدخل في ملكه من غير صنعه ولا بد من صنعه في الكفارة لان المامور به هو
التحرير وهو جعل الرقبة حرا وامّا اذا حرر نصف عبده عن كفارته ثم حرر باقيه عنها فلانه اعتق رقبة كاملة بكلامين فجعل
المقصود به وهذا جواب الاستحسان وفي القياس لا يجوز لانه بعتق النصف تمكن النقص في الباقي فصار كما لو اعتق نصيبه
من العبد المشترك بينه وبين آخر ثم ضمن نصيب شريكه وجه الاستحسان ان هذا النقصان من آثار العتق الاول بسبب الكفارة
في ملكه ومثله غير مانع كمن اضجع شاة للتضحية فاصاب السكين عينها فذهبت بخلاف العبد المشترك على ما بيّنته من قريب

المعتق ان كان موسرا اضمن نصيب شريكه فيكون عتقا بغير عوض فيجزيه وان كان معسرا اسعى العبد فيكون عتقا
بعوض فلا يجزيه عن الكفارة ولان النقصان تمكن في النصف الاخر لتعذر استدامة الرق فيه وهذا النقصان حصل
في ملك شريكه ثم انتقل اليه بالضمان ناقصا فلا يجزيه عن الكفارة بخلاف ما اذا اعتق نصف عبده ثم باقيه على ما تقدم لان ذلك
النقصان لذهاب البعض بسبب العتق فجعل من الاداء ولا يمكن ذلك هنا لانه اداء قبل الملك في موضع العتق ولا يقال انه
ملكه بالضمان مستندا الى وقت الاعتاق فحصل النقصان في ملكه بهذا الاعتبار لانا نقول الاستناد في المضمونات
يثبت في حق الضامن والمضمون له في حق غيرهما فلا يثبت في حق الاجزاء عن الكفارة واما اذا اعتق النصف ثم
جامعها ثم اعتق النصف الباقي فلان المامور به العتق قبل المسيس فلم يوجد لان النصف وقع بعد المسيس ولا
يقال لو كان ذلك مانعا لما جاز لان يعتق رقبة اخرى بعده لانا نقول النص يقتضي تقديم العتق على المسيس
ومنع التفرقة بالجماع بين النصفين لتحصيلين فالمتعذر منهما سقط وهو التقديم وما امكن تداركه وجب عملا بالنص
بالقدر الممكن وهذا عند ابي حنيفة بناء على ان الاعتاق يتجزى عنده وعندهما لا يجزيه لان العتق لا يتجزى عندهما
فاعتاق النصف اعتاق للكل فكان اعتاق الرقبة قبل المسيس قال فان لم يجد ما يعتق صام شهرين متتابعين
ليس فيهما رمضان وايام منهية وهي يوم الفطر ويوم النحر وايام التشريق لان التتابع منصوص وشهر
رمضان لم يشرع فيه صوم آخر غيره في حق المقيم الصحيح والصوم في العيدين وايام التشريق منهي عنه فلا يتادى به
الكامل او ينقطع التتابع بدخول هذه الايام لانه يجد شهرين متواليين خاليين عن هذه الايام بخلاف ما اذا حاضت
المراة في صوم كفارة الافطار او القتل حيث لا ينقطع به التتابع لانها لا تجد بدا منه في شهرين بخلاف كفارة اليمين والنفاس
والمرض حيث يستقبل بهذه الاشياء لانه يمكن وجود شهرين خاليين عن النفاس والمرض ومدة كفارة اليمين
قليلة فيمكنها ان تصوم متتابعا من غير حيض وعلى هذا الاعتبار الصوم المنذور بشرط التتابع ثم ان صام شهرين با
لاهلة اجزاه وان كانا ناقصين والا فلا يجزيه الا الكامل قال وان وطئ فيهما ليلا او يوما ناسيا او افطر
استانف الصوم لانه بالافطار فات التتابع المنصوص عليه وبالوطء قبل التكفير يفوت تقديم الكفارة وهذا عندهما
وقال ابو يوسف لا يستانف الا بالافطار لان الوطء المذكور لا يفسد به الصوم كما لو جامع غيرها بهذه الصفة فكان الترتيب
باقيا على حاله ولان في هذا الاستيناف تاخير الكل عن المسيس وفي المضي تاخير البعض فكان اولى ولهذا لو جامعها
في خلال الاطعام لا يستانف ولهما ان النص يقتضي تقديم الصوم على الوطء وان يكون الصوم خاليا عن الوطء فاذا فات
التقديم وسقط لتعذره وجب ان ياتي بالآخر وهو الاخلاء لان العجز عن احدهما لا يوجب سقوطهما بخلاف الاطعام لانه
غير مقيد بالتقديم فيجري على اطلاقه وقوله يوما ولم يقل نهارا ليدخل فيه ما بين طلوع الفجر الى طلوع الشمس قال
فلم يجز للعبد الا الصوم وان اطعم او اعتق عنه سيده لانه لا مال له والتكفير بالمال لا يكون بدونه ولا هو من اهل الملك فلا
يصير مالكا بتمليكه ولا يقال ينبغي ان يثبت العتق له في ضمن تمليكه اقتضاء لانا نقول الحرية اصل للاهلية فلا يثبت اقتضاء

الاخير قبل غروب الشمس وجب عليه الاعتاق وكان صومه تطوعا والافضل ان يتم صوم اليوم الاخير وان افطر لا قضاء
عليه خلافا لزفر ولا يجوز الصوم لمن له خادم واحد وقال الشافعي يجوز اعتبارا بالماء المعد للعطش حيث يجوز له التيمم ولنا
الفرق بينهما ان الماء مامور باهراقه واستعماله محظور عليه في هذه الحالة بخلاف الخادم قال فان لم يستطع الصوم
اطعم ستين فقيرا كالفطرة او قيمته كفارة من لم يستطع فاطعام ستين مسكينا ونحو له كالفطرة يعني في قدر الواجب
حتى يجب عليه نصف صاع من بر او صاع من تمر او شعير لقوله عليه الصلاة والسلام لسلمة بن صخر البياضي اطعم ستين
مسكينا وسقا من تمر بين ستين مسكينا رواه ابو داود وابن ماجة والترمذي واحمد وقال الترمذي حديث حسن وقال
عليه السلام لاوس فليطعم ستين مسكينا وسقا من تمر رواه احمد وابو داود ايضا من غير ذكر وسقا من تمر وروى
الاثرم باسناده عن عمر قال اطعم صاعا من تمر او شعير او نصف صاع من بر ذكره في المغني وقيمته تقوم مقامه
عندنا على ما عرف في الزكاة ولان المعتبر دفع حاجة اليوم لكل مسكين فيكون نظير صدقة الفطر فان اعطى منا من بر
ومنوين من تمر او شعير جاز لحصول المقصود ولان المن رطلان فوجد نصف الواجب من كل جنس فتندفع به حاجة
المسكين وهو المقصود بالاطعام وانما جاز تكميل احد النوعين بالاخر لاتحاد المقصود وهو الاطعام فصار جنسا واحدا
من هذا الوجه فجاز التكميل بالاجزاء ولا يجوز بالقيمة حتى لو ادى اقل من صاع من تمر يساوي نصف صاع من بر لا يجوز
لان القيمة لا تعتبر في المنصوص عليه فصار كما لو ادى نصف صاع من تمر جيد يساوي صاعا من الوسط حيث لا يجوز لما
ذكرنا ولا يرد على هذا ما لو اطعم خمسة او كسى خمسة في كفارة اليمين حيث تجوز الكسوة عن الطعام بالقيمة والكسوة منصوص
عليها وحيث لا يجوز تكميل احدها بالاخر اجزاء او لا ما لو اعتق نصف رقبة فصام شهرا حيث لا يجوز تكميل احدهما
بالاخر لان شرط اعتبار القيمة وشرط جواز التكميل اتحاد الجنس ولم يوجد لان الكسوة غير الاطعام والاعتاق غير
الصيام فلم يوجد شرط منع جواز القيمة في الاولى ولا علة جواز التكميل في الاخيرتين ولان الصوم بدل عن العتق فلا يجوز
الجمع بينهما وفي كفارة اليمين هو مخير بين ثلاثة اشياء ان يتناول احدها كله فاذا اتى ببعض واحد منها واراد تكميله
ببعض الاخر لا يجزيه لعدم الامساك لانه مخير بين اشياء ليس له ان يختار بعض كل منها ويلزم من هذا ان يكون
مخيرا بين اربعة اشياء وهو خلاف النص ولا يلزم على ما ذكرنا من اشتراط اتحاد الجنس في التكميل انه يجوز عتق رقبتين
مشتركتين بينه وبين غيره لان المنصوص عليه الرقبة ونصف الرقبتين ليس برقبة بخلاف ما لو اشترك في الاضحية بشاتين
يجوز لان الشركة لا تمنع صحة الاضحية ولا يرد على ما ذكرنا جزاء الصيد فانه يجوز الجمع بين الصيام والاطعام والهدي وهي
مختلفة لانا نقول هذا ليس من تكميل لان التكميل يكون في المحصور بل هو العمل بموجب النص في كل واحد كان ليس معه
غيره وهذا لان الواجب عليه القيمة بالغة ما بلغت ثم هو مخير فيها وفي كل جزء من اجزائها ان شاء جعله صوما او غيره
بخلاف كفارة اليمين لان الواجب عليه احدها غير عين فلا يجمع ولو فرق على كل مسكين اقل من نصف صاع من بر او اقل
من صاع من شعير بان اعطى القدر الواجب لمسكينين او اكثر لا يجزيه وعليه ان يتم لكل مسكين نصف صاع من بر او صاعا من
تمر او شعير بخلاف
صدقة الفطر فانه ان كان
عتق نصف صاع من بر
على مسكين اي الكثير والفرق
ان العدد منصوص عليه
في الكفارة فلما نص على القدر
الواجب فيكون لكل واحد
ما نقصه من الواجب
صدقة الفطر فالعلة فيه
مسكوت عنه فله ان يعطي
القدر على ان عدد شاء
وكل الافضل ان يعطي
مسكينا واحدا ليتحقق
الاغناء لان ما دون نصف
صاع لا يحصل به الاغناء
فقال اجزاءه
ان يطعم عنه عن ظهاره
ولو امر غيره

لانه طلب منه التمليك معنى والفقير قابض له اولا ثم لنفسه فيتحقق بملكه ثم تمليكه كما لو وهب الدين من غير من
عليه الدين وامره بقبضه يجوز لانه يصير قابضا للامر اولا ثم يجعله لنفسه ثم في ظاهر الرواية ليس للمامور ان يرجع
على الامر لانه يحتمل الهبة والقرض فلا يرجع بالشك وعن ابي يوسف انه يرجع ويجعل قرضا لانه ادناهما ضررا
قال وتصح الاباحة في الكفارات وفي الفدية دون الصدقات والعشر وقال الشافعي لا يجوز في الكفارات
والفدية الا التمليك ايضا لانه ادفع للحاجة والطعام يذكر للتمليك عرفا يقال اطعمتك هذا الطعام اي ملكتكه فيحمل
عليه او هو مراد بالاجماع فانتفى الاخر ان يكون مرادا الا ان فيه الجمع بين الحقيقة والمجاز او العموم في المشترك
وكل ذلك لا يجوز لانها صدقة واجبة فيكون من شرطها التمليك كالزكاة وصدقة الفطر والكسوة في كفارة اليمين
ولنا ان المنصوص عليه في الكفارة والفدية الاطعام وهو حقيقة في التمكين لانه عبارة عن جعل الغير طاعما وذلك
بالاباحة وانما جاز التمليك بدلالة النص والعمل بها لا يمنع بالحقيقة الا ترى ان ضرب الوالدين وشتمهما يحرم بدلالة
النص في قوله تعالى ولا تقل لهما اف مع بقاء الاصل مرادا وهو التافيف بخلاف المستشهد به لانه المنصوص عليه فيه
الايتاء والاداء والكسوة وهي تقتضي التمليك قال والشرط غداءان او عشاءان مشبعان او غداء وعشاء لان
المعتبر دفع حاجة اليوم وذلك بالغداء والعشاء عادة فيقوم قدرهما مقامهما فكان المعتبر الاكلتان والسحور كالغداء
ولو غدى ستين وعشى ستين غيرهم لم يجزيه الا ان يعيد على احد الستين منهم غداء او عشاء ولا بد من الادام في خبز
الشعير والذرة لتمكنه من الاستيفاء الى الشبع بخلاف خبز البر فاذا اشبعهم اجزاه قليلا اكلوا او كثيرا لحصول المقصود
ولو كان فيمن اطعمهم صبي فطيم لم يجزيه لانه لا يستوفي كاملا ولو كان بعضهم شبعان قبل الاكل قال وان
اعطى فقيرا شهرين صح اي لو اطعم فقيرا واحدا ستين يوما اجزاه وقال الشافعي لا يجزيه لان التفريق
على الستين واجب بالنص فلا يجوز ابطاله بالتعليل ولنا ان المقصود سد خلة المحتاج والحاجة تتجدد بتجدد الايام
فكان اليوم الثاني كمسكين اخر لتجدد تحقق السبب والله اعلم قال ولو في يوم لا الا عن يومه اي لو اعطى
مسكينا واحدا الكل في يوم واحد لا يجزيه الا عن يومه ذلك وهذا في الاعطاء بدفعة واحدة او اباحة من غير خلاف لان
الواجب عليه التفريق بالنص ولم يوجد كالحاج اذا رمى سبع حصيات بدفعة واحدة لا يجزيه الا عن واحدة واما
اذا ملكه بدفعات فقد قيل يجزيه لان التمليك اقيم مقام حقيقة الاطعام والحاجة بطريق التمليك ليس لها نهاية فكان
المدفوع ههنا كالاول ولا يعتبر لاشتراط مضي زمان تتجدد فيه حاجة الاكل مع تحقق الحاجات الاخر انه لو كسى رجلا عشرة
ايام كل يوم ثوبا جاز ولا يشترط فيه مضي زمان تتجدد فيه الحاجة الى الكسوة وهذا لانه بعد ما اخذ صار كغيره
ولهذا جاز له ان يدفع اليه من كفارة اخرى غير جنس الاولى ككفارة اليمين والقتل وجاز لغيره ان يدفع اليه
بخلاف ما اذا ملكه بدفعة واحدة لان التفريق منصوص عليه فلا يجوز دونه وبخلاف الاباحة لانه لا يندفع به الا حاجة
واحدة وهي حاجة الاكل في يوم وقيل لا يجزيه الا عن يومه ذلك وهو الصحيح ووجهه ان المعتبر سد الخلة وقد انقطعت
حاجته ذلك اليوم فلا
يتصدق اليه بعد ذلك يكون
الطعام فلا يجوز لما
تجوز دفعها الى الغني بخلاف
كفارة اخرى لان المستوفي
ومعلوم بالنسبة الى غيرها و
بخلاف الثوب لانه لا تتجدد الحاجة
اليه لتخلف باحوال الناس فلا
يمكن تعليق الحكم بعينها لتعذر
الوقوف عليها فاقيم مضي
الزمان مقامها لانه
تتجدد وادنى ذلك يوم كالحيض
للحاجات وما دونه ساعات
لا يمكن ضبطها قال
بيتا ونحو بوطيها و

في خلال الاطعام لان النص في الاطعام مطلق غير مقيد بما قبل المسيس فيجري على اطلاقه ولا يجوز حمله على النص المقيد
في الاعتاق والصوم بالقياس ولا بخبر الواحد وهو قوله عم للذي واقع امراته قبل التكفير استغفر الله تعالى ولا تعد حتى
تكفر لان التقييد نسخ فلا يجوز بمثله وانما منع من الوطء قبله لجواز ان يقدر على التحرير او الصوم فيقعان بعد وطء
النهي لغيره لا لعدم المشروعية ولا يقتضي الفساد **قال** ولو اطعم في ظهارين ستين فقيرا كل فقير صاعا صح
عن واحد وعن افطار وظهار صح عنهما وقال محمد صح في الظهارين ايضا عنهما لان في المؤدي وفاء بهما والفقير مصرف
لهما فصار كما لو ملكه بدفعتين او اختلف جنس الكفارة ولهما انه زاد في قدر الواجب ونقص عن المحل فلا يجوز الا بقدر المحل
كما لو اعطى ثلثين مسكينا عن ظهار واحد لكل واحد منهم صاعا لان الواجب عليه في الواحدة اطعام ستين مسكينا وفي كفارتين
اطعام مائة وعشرين فقيرا فاذا انقص منه لا يجوز والفقه فيه ان النية في الجنس الواحد لغو لانها شرعت لتمييز الاجناس المختلفة
لاختلاف الاغراض فيها فلا يحتاج اليها في الجنس الواحد لعدم الفائدة والتصدق اذا لم يصادف محله يلغو فاذا الغت نية العدد
وبقيت نية مطلق الظهار والمؤدي يصلح لكفارة واحدة لان التقدير بنصف صاع لمنع النقصان فلا يمنع الزيادة فصار
كما اذا نوى اصل الكفارة ولم يزد عليه بخلاف ما اذا فرق الدفع وكانتا جنسين لما بينا **قال** ولو اعتق عبدين
عن ظهارين ولم يعين صح عنهما ومثله الصيام والاطعام اي لو اعتق رقبتين عن كفارتي ظهار او صام عنهما اربعة اشهر
او اطعم مائة وعشرين مسكينا لا ينوي احداهما بعينها جاز لان الجنس متحد فلا يحتاج الى نية التعيين كما مر **قال** وان حرر
عنهما رقبة او صام شهرين صح عن كل واحد وعن ظهار وقتل لا اي لو اعتق رقبة واحدة عن ظهارين او صام عنهما شهرين
جاز وكان له ان يجعل كل عن ايهما شاء وان اعتق رقبة مؤمنة عن ظهار وقتل لم يجز عن واحد منهما وان كانت كافرة
جاز عن الظهار استحسانا لان الكافرة لا تصلح لكفارة القتل فتعينت للظهار وقال زفر لا تجزيه عن واحد منهما في كفارتي
ظهار وقال الشافعي له ان يجعل عن احديهما في الفصلين لان الكفارات كلها عنده جنس واحد لاتحاد المقصود وهو الستر
ولهذا حمل المطلق على المقيد في احديهما على الاخرى ولزفر انه اعتق عن كل واحدة منهما نصف العبد فلا قدرة له
بعد ذلك ان يجعله لاحديهما لخروج الامر من يده والقياس قول زفر وجه الاستحسان ان نية التعيين في الجنس المتحد
لغو وفي المختلف مقيد على ما تقدم فاذا لغي بطل مطلق النية فله ان يعين ايهما شاء كما لو اطلقه في الابتداء الا ترى انه لو نوى
قضاء يومين من رمضان يجزيه عن يوم واحد ولو نوى عن القضاء والنذر او عن القضاء والكفارة لا تجزيه عن واحد منهما لا
يقع في اختلاف الجنس باختلاف السبب والصلوات كلها من قبيل المختلف حتى الظهرين من يومين او العصرين من يومين
لان وقت الظهر من يوم غير وقت الظهر من يوم آخر حقيقة وحكما اما حقيقة فظاهر وكذا حكما لان الخطاب لم يتعلق
بوقت يجمعها بل دلوك الشمس والدلوك في يوم غير الدلوك في يوم آخر بخلاف الصوم من رمضان لانه معلق بشهود
الشهر وهو واحد لانه عبارة عن ثلاثين يوما بلياليها فلا اجل ذلك لا احتاج فيه الى تعيين صوم يوم السبت مثلا او يوم الاحد
حتى لو كان عليه قضاء يومين من رمضانين يشترط التعيين عن احدهما ولو نوى ظهرا او عصرا او نوى ظهرا وصلاة الجنازة

والتطوع فصحة

قذف

والتطوع فصحة الاسلام اتفاقا فاما عند ابي يوسف فظاهر واما عند محمد فلان الجهتين مطلقا بالتعارض
فبقي مطلق النية وبه تتادى حجة الاسلام والله اعلم

باب اللعان

وهو في اللغة الطرد و
الابعاد وسمي به لما فيه من لعن نفسه في الخامسة وهو من تسمية الكل باسم البعض كالتشهد وكالصلاة تسمى ركوعا
وسجودا او سبحة لوجود ذلك كله فيها وشرطه قيام الزوجية وسببه قذف الرجل زوجته قذفا يوجب الحد في الاجنبية
وركنه شهادات مؤكدات باليمين واللعن وحكمه حرمة الوطء بعد التلاعن واهله من هو اهل لاداء الشهادة
على ما يجيء تفصيلا **قال** وهي شهادات مؤكدات بالايمان مقرونة باللعن قائمة مقام حد القذف في حقه
ومقام حد الزنا في حقها وقال الشافعي هي ايمان مؤكدات بلفظ الشهادة لقوله تعالى فشهادة احدهم اربع شهادات بالله
فقوله بالله محكم باليمين والشهادة تحتمل اليمين فحملنا المحتمل على المحكم لا سيما اذا تعذر حمله على الحقيقة لان الشهادة
لنفسه غير مقبولة بخلاف اليمين وتكرره يدل على انه يمين ايضا لانها شرعت مكررة كما في القسامة دون اداء الشهادة
ولنا قوله تعالى والذين يرمون ازواجهم ولم يكن لهم شهداء الا انفسهم استثنى انفسهم عن الشهداء او ثبت
انهم شهداء لان المستثنى من جنس المستثنى منه ثم نص على شهادتهم فقال فشهادة احدهم اربع شهادات
بالله انه لمن الصادقين فنص على الشهادة واليمين فقلنا الركن هو الشهادة المؤكدة باليمين ولان
الحاجة هنا الى ايجاب الحكم من الطرفين والذي يصلح للايجاب هو الشهادة الا انها اكدت باليمين لانه يشهد لنفسه
والتاكيد للزجر عن ان يكون شهادة وقوله الشهادة لنفسه غير مقبولة قلنا انما لا تقبل في موضع التهمة
اما اذا انتفت التهمة فمقبولة قال الله تعالى شهد الله انه لا اله الا هو فهذه من اصدق الشهادات لانتفاء
التهمة والتهمة فيما نحن فيه منتفية باليمين وما قاله الشافعي لا يستقيم لانه يلزم من حمل الشهادة في الاية
على اليمين ان يحلف عن غيره فيكون التقدير ولم يكن لهم حالفون الا انفسهم وان يكون موجبا للحكم على غيره
بيمينه وفساده لا يخفى على احد وتكرارها لقيامها مقام الشهود وهم اربعة في الزنا فكذا ما قام مقامهم فقرن
الشرع الركن من جانبه باللعن لو كان كاذبا وبالغضب من جانبها لو كان صادقا لان الصادق احدهما والقاضي
لا يعلم ذلك فكان اللعن من جانبه قائما مقام حد القذف ومن جانبها باعتبار الغضب قائما مقام حد الزنا لان
الاستشهاد بالله كاذبا مهلك كالحد فقام مقامه ولهذا لو قذفها مرارا يكفي اللعان مرة واحدة كالحد
بخلاف ما اذا قذف جماعة من نسائه بكلمة واحدة او كلمات حيث يلاعن كل واحدة منهن على حدة بخلاف الحد والفرق
ان المقصود يحصل بحد واحد وهو دفع العار عن المقذوفين ولا يحصل في اللعان لانه يتعذر الجمع في كلمات
اللعان وقد يكون غير صادق في البعض دون البعض فلا بد من اللعان مع كل واحدة ليحصل المقصود به وهو التفريق
وثمرة الخلاف بيننا وبين الشافعي تظهر في هذا اعني في تكرار اللعان وفي اشتراط اهلية الشهادة فعندنا يشترط
وعنده لا يشترط اهلية اليمين وهو ان يكون ممن يملك الطلاق وهذا القول يؤدي الى ان اللعان لا يقوم مقام حد القذف

ولما روي عن ابن مسعود انه قال كنا جلوسا في المسجد ليلة الجمعة اذ دخل انصاري فقال يا رسول الله ارايتم الرجل يجد
مع زوجته رجلا فان قتله قتلتموه وان تكلم جلدتموه وان سكت سكت على غيظ ثم قال اللهم افتح فنزلت اية اللعان
وقال عليه الصلاة والسلام لهلال حين قذف امراته ايت باربعة يشهدون على صدق مقالتك والا فحد على ظهرك
قالت الصحابة رضي الله عنهم الان تحد هلال بن امية فتبطل شهادته في المسلمين فثبت بهذا ان موجبه كان الحد ثم انفسخ
في حق الزوجات باللعان واستقر عليه وعند الشافعي موجبه الحد ولكن يتمكن من اسقاطه باللعان وقوله وصلحا
شاهدين اي الزوجان لان الركن فيه الشهادة لما مر والشرط ان يكونا اهلا للادا وقال في الغاية يبطل بهذا لعان
الاعمى فانه ليس اهل الادا وهذا غلط لان الاعمى من اهل الشهادة الا ان شهادته لا تقبل لانه لا يميز بين المشهود
له والمشهود عليه ولهذا ينعقد النكاح بحضوره ذكره في شرح الطحاوي وشرح الجامع الصغير لقاضي خان ويشترط
صلاحيتهما الشهادة على المسلم حتى لا يجري اللعان بين الكافرين ولا بين كافر ومسلم وان صلح شاهدا على مثله على
ما ياتي بيانه من قريب وقوله والمراة ممن يحد قاذفها لان اللعان قايم مقام حد القذف في حقها فلا بد من احصانها
وذكر في النهاية فايدة تخصيص المراة بكونها ممن يحد قاذفها وان كان هذا ايضا في حق الرجل كذلك حتى لو كان ممن
لا يحد قاذفه وهي محصنة لا يجري اللعان بينهما الا انه اذا كان منها لا يجب شي وان كان منه يجب عليه الاصل وهو حد
القذف فلا يخلو عن موجب كما اذا كان منه اما الاصل او الخلف فكان فايدة تخصيص المراة عدم وجوب شي منها
وهذا الذي ذكره خطا فاحش لان من شرط اللعان ان يكونا من اهل الشهادة لانه شهادة عندنا على ما تقدم وكونه ممن
لا يحد قاذفه لا يخل بهذا الشرط لان من لا يحد قاذفه وهو الزاني اهل للشهادة وانما زناه فسق منه والفاسق اهل
لها ولهذا يجري اللعان بين الفاسقين وانما يشترط ذلك في حقها لتثبت عفتها لان حد القذف لا يجب الا اذا كان
المقذوف عفيفا عن فعل الزنا فكذا اللعان لانه قايم مقامه وهذا لان من شرط اللعان ان تطالب المراة بموجب
القذف وهو الحد واذا لم تكن عفيفة ليس لها ان تطالب به لفوات شرطه فلا يتصور اللعان ولم يوجد في حقه
هذا المعنى فلا يمتنع وقوله او نفى نسب الولد وقال القدوري او نفى نسب ولدها وهو المراد بالاول
وفي الغاية او نفى نسب ولدها المولود على فراشه وهذا التقييد لا يفيد لانه لو نفى نسب ولدها من غيره عن ابيه
المعروف يكون قذفا لها ايضا كما لو نفاه عنه اجنبي فيكون موجبه اللعان لما تلونا ولا يعتبر احتمال ان
كونه شبهة من غيره كما لو نفاه اجنبي لان الاصل في النسب الصحيح النكاح الفاسد ملحق به فنفيه عن الفراش
الصحيح يكون قذفا حتى يلحقه الملحق وفي المحيط اذا نفى الولد بان قال ليس بابني ولم يقذفها بالزنا لا لعان بينهما
لان النفي ليس بقذف لها بالزنا يقينا لجواز ان يكون الولد من غيره بوطي عن شبهة لا عن زنا بان زوجت نفسها من غيره
وفي النهاية جعل هذا قول الشافعي ثم قال واجمعوا على انه لو قال لاجنبية ليس هذا الولد الذي ولدتيه من زوجك
لا يصير قاذفا ما لم يقل من الزنا والقياس ما قاله الا انا تركناه لضرورة في اللعان لان الزوج قد يعلم ان الولد

كسابه حقوقها الا ان يكون القذف بنفي الولد فان له ان يطالب لاحتياجه الى نفي نسب من ليس منه **قال** فان ابى
حبس حتى يلاعن او يكذب نفسه فيحد لانه امتنع عن ايفاء حق مستحق عليه لقوله تعالى فشهادة احدهم اربع شهادات
بالله اي فالواجب شهادة احدهم او نقول انه خبر اريد به الامر وهو ابلغ وجوه الامر او لان المصدر المقرون
بالفاء موضع الجزاء يراد به الامر كقوله تعالى فتحرير رقبة او لانه بدل عن الحد فيجب كوجوبه فاذا كان واجبا يحبس
عليه حتى ياتي به او يكذب نفسه فيرتفع سبب اللعان وهو التكاذب **قال** فان لاعن وجب عليها اللعان لما بينا
في حق الزوج الا انه يبدا بالزوج لانه المدعي فيطلب منه الحجة اولا **قال** فان ابت حبست حتى تلاعن او تصدقه لانه
حق مستحق عليها وهي قادرة على ايفائه فتحبس حتى تفي او تصدقه فيرتفع التكاذب وفي بعض نسخ مختصر القدوري او تصدقه
فتحد وهو غلط لان الحد لا يجب بالاقرار مرة فكيف يجب بالتصديق مرة وهو لا يجب بالتصديق اربع مرات لان
التصديق ليس باقرار قصدا فلا يعتبر في حق وجوب الحد ويعتبر في درءه فيندفع به اللعان ولا يجب به الحد ولو
صدقته في نفي الولد فلا حد ولا لعان وهو ولدهما لان النسب انما ينقطع حكما للعان فلم يوجد وهو حق الولد فلا يصدقان
في ابطاله وقال الشافعي اذا امتنع الزوج من اللعان يحد لانه وجب عليه الحد بالقذف لقوله تعالى فاجلدوهم الاية الا انه يتمكن
من دفعه باللعان تخفيفا عليه فاذا لم يدفع يحد وكذا المراة اذا ابت تحد حد الزنا لان الزوج اوجب عليها الحد بلعانه ولكن تتمكن
من دفعه باللعان لقوله تعالى ويدرؤا عنها العذاب ان تشهد اي تدفع عنها الحد بشهادتها قلنا قذف الرجل امراته لا يوجب
الحد الا عند الاجتماع بشرايط اللعان وما تلي منسوخ في حق الزوجين باية اللعان ولو كان موجبا لما سقط بشهادته او يمينه
لان الحقوق لا تسقط به وكذا لا يجب على المراة الحد بشهادته او يمينه فكيف يجب بقول الواحد الحد الذي لا يجب الا بشهادة اربعة
يشهدون انهم راوه فيها كالميل في المكحلة وهذا ينفيه الكتاب والسنة واجماع الامة والمراد بالعذاب فيما تلي والله اعلم
الحبس او يحتمله فلا يدل على ما قال والعجب من الشافعي انه لا تقبل شهادة الزوج عليها بالزنا مع ثلاثة عدول ثم يوجب الحد
عليها بقوله وحده وان كان عبدا او فاسقا او كافرا والعجب منه انه يمين عنده وهو لا يصلح لايجاب المال ولا لاسقاطه
بعد الوجوب فاسقطت المراة به الحد عن نفسها وكذا الزوج اسقط به الحد عن نفسه واوجب الرجم الذي اغلظ الحدود
به على المراة وجعله كشهادة في حقه وهذا تناقض ظاهر فانه قال انما وجب عليها الحد بامتناعها عن اللعان لانه نكول
قلنا النكول عنده لا يوجب المال مع انه يثبت مع الشبهة فكيف يوجب الرجم الذي هو اغلظ الحدود واصعبها اثباتا و
اكثره شروطا **قال** فان لم يصلح شاهدا حد يعني اذا كانت هي من اهل اللعان بان كانت صالحة للشهادة وهو لا
يصلح بان كان كافرا او محدودا في قذف يجب عليه الحد لان اللعان تعذر بمعنى من جهته فيصار الى الموجب الاصلي وهو
الثابت بقوله تعالى والذين يرمون المحصنات الاية ولا يتصور ان يكون الزوج كافرا وهي مسلمة الا اذا كانا كافرين فاسلمت
ثم قذفها قبل عرض الاسلام عليه **قال** وان صلح وهي ممن لا يحد قاذفها فلا حد ولا لعان يعني اذا كان الزوج
صالحا للشهادة وهي زانية لانه صادق في القذف فلا يجب بقذفها الحد كما اذا قذفها اجنبي ولا يجب اللعان ايضا

فكذا الزوج وقال الشافعي يلاعن في الكل اذا كان احدهما صغيرا او مجنونا او كلاهما لان اللعان ايمان عنده فكل من كان
اهلا لليمين يكون اهلا له والحجة عليه ما تلونا وبينا من المعنى وقوله عليه الصلاة والسلام اربع من النساء ليس بينهن وبين
ازواجهن لعان اليهودية والنصرانية تحت المسلم والحرة تحت المملوك والمملوكة تحت الحر رواه ابو بكر الرازي والدارقطني
وفيه ليس بين المملوكين والكافرين لعان ذكره ابو عمر بن عبد البر او ضعفه ورواه الدارقطني من طرق ثلاث وضعفه
والضعيف اذا روي من طرق يحتج به لما عرف ثم معرفة الاحصان يعتبر عند القذف حتى لو قذفها وهي امة او كافرة
ثم اسلمت او اعتقت لا يجب الحد ولا اللعان قال وصفته ما نطق به النص اي صفة اللعان ما ذكر في كتاب الله
تعالى وهو ان يبتدئ القاضي بالزوج فيشهد اربع مرات فيقول في كل مرة اشهد بالله اني لمن الصادقين فيما
رميتها به من الزنا ويقول في الخامسة ان لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنا يشير
اليها في كل مرة ثم تشهد المرأة اربع مرات تقول في كل مرة اشهد بالله انه لمن الكاذبين فيما رماني به من
الزنا ~~وروى الحسن عن ابي حنيفة انه ياتي بلفظ المواجهة~~ وتقول في الخامسة ان غضب الله عليها
ان كان من الصادقين فيما رماني به من الزنا لما تلونا وروى الحسن عن ابي حنيفة انه ياتي بلفظ المواجهة
فيقول فيما رميتك به من الزنا وتقول هي انك لمن الكاذبين فيما رميتني به من الزنا لانه يقطع الاحتمال
ووجه الظاهر ان لفظ المغايبة اذا انضمت اليه الاشارة انقطع الاحتمال وانما خصت المرأة بالغضب لان النساء
يستعملن اللعن كثيرا فلا تقع المبالاة به وتخاف من الغضب قال فان التعنا بانت منه بتفريق الحاكم
ولا تبين قبله حتى لو مات احدهما قبل التفريق ورثه الآخر ولو زالت اهلية اللعان في هذه الحالة بان اكذب نفسه
او قذف احدهما انسانا فحد للقذف او وطئت هي وطئا محرما او خرس احدهما لم يفرق بينهما بخلاف ما اذا جن
قبل التفريق حيث يفرق بينهما وان زال الاحصان به لانه يرجى عوده فيعود الاحصان ولو ظاهر منها في هذه
الحالة او طلقها او آلى منها صح لبقاء النكاح وقال زفر تقع الفرقة بلعانهما لقوله عليه الصلاة والسلام المتلاعنان
لا يجتمعان ابدا وقال الشافعي تقع الفرقة بلعان الزوج ويتعلق بلعانه عنده اربعة اشياء قطع النسب وسقوط الحد
عنه ووجوب الحد عليها وثبوت الفرقة بينهما لانه في الفرقة ان الزوج لما شهد عليها بالزنا اربع مرات واكد ذلك باللعان
في الظاهر انهما لا يأتلفان فلم يكن في بقاء النكاح فائدة فينفسخ كما ينفسخ بالارتداد ولنا حديث ابن عمر انه عليه الصلاة
والسلام لاعن بين رجل وامرأة ففرق بينهما والحق الولد بامه رواه مسلم والبخاري رضي الله عنهما وحديث ابن الحارث
العجلاني انه لاعن امرأته عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما فرغا من لعانهما قال كذبت عليها يا رسول الله ان امسكتها
فطلقها ثلاثا قبل ان يأمره رسول الله وقال ابن شهاب فكانت سنة المتلاعنين رواه البخاري ومسلم وغيرهما ولو كانت
الفرقة تقع بلعانهما او بلعانه لما انكر عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم وفي هذا الباب احاديث كثيرة صحاح كلها تثبت
التفريق منه عليه الصلاة والسلام ولانه لما ثبتت حرمة الاجتماع [illegible] بينهما لما رواه زفر فات الامساك بالمعروف

[illegible]

ولو كان كما قالوا لقال اعلمهما بوقوع الفرقة بينهما وهو [illegible]
ويرده ما رواه ابو داود فطلقها ثلاث تطليقات فانفذه رسول الله صلى الله عليه وسلم ومن العجب انهم
تعلقوا بحديث العجلاني المتقدم لاباحة ارسال الثلاث جملة حيث لم ينكر عليه رسول الله عم ثم ينكرون عليه وقوع
الطلاق عليها هنا ويلزمهم ايضا انه لم ينكر عليه رسول الله عم قوله كذبت عليها يا رسول الله ان امسكتها ولولا ان
النكاح قائم لانكر عليه ولا يقال انه انكر عليه بقوله اذهب فلا سبيل لك عليها ولان ذلك ينصرف الى الطلب المهر
لانه روي انه عم قال له حين طلب رد المهر ان كنت صادقا فهو لها بما استحللت من فرجها وان كنت كاذبا فا
بعد اذهب فلا سبيل لك عليها وان يكون معناه لا سبيل لك على امساكها ثم قال بعض مشايخنا لا يستقيم هذا
القول على قول ابي يوسف لانه يقول الثابت باللعان تحريم مؤبد كحرمة الرضاع والمصاهرة وهي لا تتوقف
على القضاء وقولهما يستقيم لان الفرقة باللعان عندهما تطليقة بائنة لانها لعجزه عن الظلم عنها فانتسب فعل القاضي
اليه فكان طلاقا فالحق الفرقة بسبب الجب والعنة وقولهما قال شيخ الاسلام هو يستقيم على قول ابي يوسف ايضا لان المذهب
عند علمائنا ان النكاح لا يرتفع بحرمة المصاهرة والمصاهرة بل يفسد حتى لو وطئها قبل التفريق لا يحد اشتبه عليه
الامر او لم يشتبه نص عليه محمد في نكاح الاصل قال وان كان القذف بولد نفى نسبه والحقه بامه وشرطه ان يكون
العلوق في حال يجري بينهما اللعان حتى لو علقت وهي امة او كافرة ثم اعتقت او اسلمت لا ينفي ولا يلاعن لان نسبه كان
ثابتا على وجه لا يمكن قطعه فلا ينتفي بعد وصورة هذا اللعان ان يأمر الحاكم فيقول اشهد بالله اني لمن الصادقين فيما
رميتها به من نفي الولد وكذا في جانبها فتقول اشهد بالله انه لمن الكاذبين فيما رماني به من نفي الولد ولو قذفها با
لزنا ونفي الولد ذكر في اللعان الامرين فيقول اشهد بالله اني لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا ونفي ولدها وتقول
المرأة اشهد بالله انه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا ونفي الولد ثم ينفي القاضي نسبه ويلحقه بامه لان المقصود بهذا
اللعان نفي الولد فيوفر عليه مقصوده ويثبت نفي الولد ضمنا للقضاء بالتفريق وعن ابي يوسف انه يقول قد فرقت بينكما
وقطعت نسب هذا الولد عنه والحقته بامه لان كل واحد منهما ينفك عن الآخر الا ترى ان الولد اذا مات قبل اللعان
بعد القذف بالنفي او قذفها بالزنا فقط لا ينتفي نسبه باللعان ولو نفى ولد ام الولد انتفى بقوله من غير لعان وقال ابراهيم
يلاعن بينهما ولا ينفي الولد لقوله عم الولد للفراش وللعاهر الحجر وقال بعض الناس بنفس اللعان ينقطع عن
الاب ويلحق بالام ولنا ما روينا من حديث ابن عمر رواه الجماعة وفيه فرق بينهما والحق الولد بامه فيكون
حجة على الفريقين قال فان اكذب نفسه حده لاقراره بوجوب الحد عليه هذا اذا اكذب نفسه فلا حد عليه بعد
اللعان وان اكذب نفسه قبله ينظر فان لم يطلقها قبل الاكذاب فكذلك لما ذكرنا فان ابانها ثم اكذب نفسه فلا حد
عليه ولا لعان لان المقصود من اللعان التفريق به بينهما فلا يتاتى به بعد البينونة ولا يجب عليه الحد لان قذفه كان
موجبا للعان فلا ينقلب موجبا للحد لان القذف الواحد لا يوجب حدين بخلاف ما اذا اكذب نفسه بعد اللعان

[illegible]

ان الاكذاب رجوع والشهادة بعد الرجوع لا حكم لها في حق الراجع فيد نفع اللعان به ولهذا الحد ويثبت نسب
الولد منه ولا يجتمع الحد واللعان فلزم من اقامة الحد انتفاء اللعان وكذا لا ينفي اللعان مع ثبوت النسب ومعنى قوله
عليه الصلاة والسلام المتلاعنان لا يجتمعان ابدا اي ما داما متلاعنين كقوله تعالى ولا تصل على احد منهم مات ابدا
اي ما دام ميتا فقد يقال المصلي لا يتكلم اي ما دام مصليا فلم يبق ملاعنا لا حقيقة لعدم الاشتغال به ولا مجازا لانه
انما سمي ملاعنا لبقاء اللعان بينهما حكما ولم يبق قال وكذا ان قذف غيرها فحد او زنت فحدت يعني حلت له
لانه بعد حد القذف لم يبق اهلا للعان وكذا هي لو قذفت انسانا فحدت لانها لم تبق اهلا له بعده والمنع
لاجل الاهلية حتى لا يقذفها مدة فاحدث فيلتعنان فاذا بطلت الاهلية امن من ذلك فيجتمعان وهذا
لان اللعان لم يشرع في العمر بين الزوجين الا مدة فلو ابيح له التزوج بها والاهلية باقية لادى الى
وقوعه مرارا واذا بطلت لم يؤد اليه وكذا ان زناها يسقط احصانها فيبطل به اهليتها وقوله فحدت
وقع اتفاقا لان زناها من غير حد يسقط احصانها فلا حاجة الى ذكره بخلاف القذف فانه لا يسقط به الا
حصان حتى يحد فلا بد من وجود الحد فيه ولا يتصور ان يتزوجها ايضا بعد ما زنت وحدت لان حدها
الرجم لكونها محصنة لان اللعان لا يجري الا بين محصنين الا اذا لاعنها قبل الدخول او كانت كافرة او امة
او صغيرة او مجنونة فزال ذلك وصارت محصنة ولا يقذفها بعد ما صارت محصنة حتى قذفها فانه يلاعن
بينهما ولا ترجم اذا زنت لعدم شرطه وهو الدخول عليها وهي على صفة الاحصان وكان الفقيه المكي رحمه الله
يقول او زنت بتشديد النون اي نسبت غيرها الى الزنا وهو القذف فعلى هذا يكون ذكر الحد فيه شرطا
على ما بينا فزال الاشكال قال ولا لعان بقذف الاخرس وقال الشافعي يجب اللعان به لان اشارته كالصريح
قلنا انه قائم مقام حد القذف في حقه وقذف الاخرس عن شبهة والحدود تندرئ بها ولانه لا بد من ان
ياتي بلفظ الشهادة في اللعان حتى لو قال احلف مكان اشهد لا يجوز واشارته لا تكون شهادة وكذا اذا كانت
هي خرساء لان قذفها لا يوجب الحد لاحتمال انها تصدقه او لتعذر الاتيان بلفظ الشهادة قال ولا ينفي
الحمل لانه لا يتيقن بقيامه عند القذف لاحتمال انه انتفاخ وهذا عند ابي حنيفة وزفر وقال ابو يوسف ومحمد
يلاعن بينهما وقت الوضع اذا وضعته لاقل من ستة اشهر لانه تيقنا بقيام الحمل عند القذف وصار
كنفيه بعد الولادة وكونه حملا لا ينافيه كما لا ينافي ثبوت حقه من عتق ونسب ووصية وارث وقال الشافعي
يلاعن بينهما في الحال قبل ان تضع لحديث هلال بن امية انه عليه الصلاة والسلام قال انظروها فان جاءت به احيمر
ارصيح اثيبج حمش الساقين فهو لهلال وان جاءت به اورق جعدا جماليا اكحل سابغ الاليتين خدلج الساقين
فهو لشريك بن سحماء ولان الاحكام تتعلق به شرعا على ما ذكرنا ويعرف وجوده بالظهور ولهذا انه ترد المبيعة
بعيب الحبل قلنا لا يتيقن بوجود الحمل فلا يكون قذفا بيقين فصار كالمعلق بالشرط فكانه قال ان كان بك حمل فمن الزنا

عن ابيه بشبهة ولم يشهد كما لو تلاعنا ينفيه بعد الولادة فانه ينتفي كيف ما كان ولا ينظر الى الشبهة و
الجواب عن الاحكام تاتي من قريب ان شاء الله تعالى قال وتلاعنا بزنيت وهذا الحمل منه اي بقوله زنيت وهذا الحمل
منه لوجود القذف منه صريحا قال ولم ينف الحمل اي لا ينفي القاضي الحمل وقال الشافعي ينفيه لانه عليه الصلاة
والسلام نفى ولد هلال عنه وقد قذفها حاملا ولان الاحكام تتعلق به بدليل ما ذكرنا من الاحكام قلنا الاحكام
لا تترتب على الحمل الا بعد الانفصال والارث والوصية يتوقفان على الولادة فيثبتان للولد لا للحمل وكذا العتق لانه
يقبل التعليق بالشرط وانما كان له الرد بالعيب لانه لا يمتنع بالشبهة بل يثبت معها وكذا النسب يثبت مع الشبهة بخلاف
اللعان لانه من الحدود فلا يثبت معها قال ولو نفى الولد عند التهنية وابتياع آلة الولادة صح وبعدها
لا ولاعن فيهما اي لو نفى ولد امرأته في الحالة التي تقبل التهنية فيها ويبتاع آلة الولادة صح وبعدها لا يصح ويلاعن
فيهما اي فيما اذا صح نفيه في مدة النفاس لانه اذا لم وفيما اذا لم يصح لوجود القذف فيهما وقال ابو يوسف
ومحمد يصح نفيه في مدة النفاس لانه اذا طالت المدة لا يصح نفيه واذا قصرت يصح لان وجود قبول التهنية
من ولادته يمنع صحة النفي اجماعا واذا لم يوجد يصح نفيه اتفاقا فطول المدة دليل القبول اتفاقا فجعلنا الحد
الفاصلة بين الطويلة والقصيرة مدة النفاس لانها كحال الولادة من حيث انها لا تصوم فيها ولا تصلي
وله ان قبول التهنية او سكوته عن النفي الى ان تمضي مدتها اقرار منه بان الولد منه لانه اذا لم يكن منه
لا يحل له السكوت عن نفيه بعد الولادة ولا معنى لتقدير تلك المدة لان الدلالة قد توجد في زمان قصير وقد
لا توجد في زمان طويل وقد يختلف باختلاف الزمان والبلدان ففوضناه الى راي من لاح له ذلك
وذكر ابو الليث عن ابي حنيفة الى ثلاثة ايام وروى الحسن عنه الى سبعة ايام لان هذه المدة مدة العقيقة
وضعفه السرخسي وقال نصب المقدار بالراي لا يكون وكان القياس ان لا يجوز نفيه على فور الولادة
وهو قول الشافعي ولكن استحسنه اصحابنا لانه لا بد من مدة التامل والنظر كيلا يكون نفيه بغير حق
وهو حرام ولو كان غايبا ولم يعلم بالولادة حتى قدم تعتبر المدة التي ذكرناها على الاصلين وروي
عن ابي يوسف انه ان قدم قبل ان تمضي مدة الفصال فله ان ينفيه الى اربعين يوما وان قدم بعد الفصال
فليس له ان ينفيه لانه لو جاز ذلك لجاز بعد ما شاخ وهو قبيح قال وان نفى اول التوامين واقر
حد لانه اكذب نفسه بدعوى الثاني قال وان عكس لاعن اي بعكس الاول بان اقر بالولد الاول
ونفى الثاني فانه يلاعن بينهما لانه قاذف بنفي الثاني ولم يرجع عنه والاقرار بالعفة سابق على القذف فصار
كما لو اقر بعفتها ثم قذفها بالزنا قال ويثبت نسبهما فيهما اي يثبت نسب الولدين في المسئلتين لانهما خلقا
من ماء واحد فثبوت نسب احدهما يلزم ثبوت نسب الآخر فلا ينفصلان فيه لانهما توأمان وهما اللذان بين
ولادتيهما اقل من ستة اشهر ولو نفاهما ثم مات احدهما قبل اللعان لزماه لان الميت لا يمكن نفيه لانتهائه

لانه يقبل الفصل عن استغابة ولو قال بعد ذلك هما ابناي لا حد عليه لانه صادق ولا يكون رجوعا لعدم الكذاب
نفسه بخلاف ما اذا قال كذبت عليها لانه وجد الشرح لم يجمع منه صريحا ولو قال ليسا بابني كانا ابنيه ولا يحد
لان القاضي نفي احدهما وذلك ينفيهما فلم يكونا ولديه من وجه فلم يكن قاذفا لها مطلقا والله تعالى اعلم

كتاب العنين وغيره

العنين من لا يقدر على الجماع او يصل الى الثيب دون البكر او لا يصل الى
امراة واحدة بعينها فحسب وهو من عن اذا حبس في العنة وهي حظيرة الابل او من عن اذا اعرض لانه يعرض
يمينا وشمالا ولا يقصده وعنن الرجل عن امراته اذا حكم لها الحاكم عليه بذلك ومنع من النساء بسحر وامراة عنينة
لا تشتهي الرجال وهو فعيل بمعنى مفعول قال وجدت زوجها مجبوبا فرق في الحال يعني اذا طلبت المراة
ذلك لان حقها فلا بد من طلبها ولا فائدة في التاجيل بخلاف العنين على ما يجيء من قريب قوله وجدت زوجها
مجبوبا اشعار بانه لو جب بعد ما وصل اليها لا خيار لها كما اذا صار عنينا بعده لما عرف في موضعه ولا فرق في
هذا بين ان يكون الزوج مريضا او صغيرا لما ذكرنا بخلاف العنين ينتظر بلوغها لاحتمال ان ترضى به بخلاف
ما اذا ثبت له حق الشفعة او القصاص او ورث مالا او اطلع الولي على عيب فيه حيث يثبت له في الصغر هذه الحقوق
والفرق ان التفريق هنا لفوات حقها في قضاء الشهوة وذلك بمعزل منه في الصغر بخلاف الفصول الاخر
فان الحق فيها ثابت في الحال ويتضرر الصغير بتاخير حقه ولو كان هو او هي مجنونا لا يؤخر في الجب والعنة
لعدم الفائدة ويفرق بينهما بخصومة الولي ان كان له ولي والا نصب القاضي من يخاصم عنه ويؤجل للطلاق
هنا كما يؤجل له في الاباء بعد العرض على ابويه وكما في اللعان ان جن قبل التفريق ولو جاءت امراة المجبوب
بولد بعد التفريق الى سنتين يثبت نسبه ولا يبطل تفريق القاضي بخلاف العنين حيث يبطل تفريقه لانه لما
ثبت نسبه لم يبق عنينا ذكره في الغاية وفيه نظر لانه وقع الطلاق بتفريقه وهو بائن فكيف يبطل الا ترى انها
لو اقرت بعد التفريق انه كان قد وصل اليها لا يبطل التفريق قال واجل سنة لو عنينا او خصيا فان وطئ
والا بانت بالتفريق ان طلبت وقال اهل الظاهر لا يؤجل ولا يفرق لحديث امراة عبد الرحمن فانه عليه الصلاة و
السلام لم يؤجله حين شكت اليه عدم تحرك الته ولنا اجماع الصحابة على تاجيله ولان الواجب عليه الامساك
بالمعروف وحسن المعاشرة ولا يتحقق ذلك بغير قضاء الشهوة فيكون امساكها بعد ذلك ظلما فيجب التسريح با
لاحسان دفعا للظلم عنها لكن ظلمها لا يتحقق في الحال لان حقها في الوطء مرة في الجملة لا في كل زمان وعجزه في الحال
لا يدل على عجزه في المال لانه قد يكون لمرض به وهو لا يوجب الخيار وانما يتبين ذلك بالتاجيل سنة لان المرض
غالبا يزول فيها لانه يكون لغلبة البرودة او الحرارة او اليبوسة او الرطوبة وفصول السنة مشتملة عليها فا
لربيع حار رطب والصيف حار يابس والخريف بارد يابس طبع الموت وهو اردى الفصول والشتاء بارد رطب
فان كان مرضه من برد ففصل الحر يقابله وان كان من حر ففصل البرد يقابله وان كان من يبوسة فالرطوبة

قال ابن عبد البر قد صح ان ذلك كان بعد طلاقها فلا يكون حجة لان كلامنا في الزوجية ولو كانت امة فالخيار
الى المولى عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال زفر لها الخيار لان الخيار انما يثبت لفوات حقها في قضاء الشهوة وذلك
حقها على الخلوص ولهما ان المقصود من الوطء في الاصل حصول الولد لا قضاء الشهوة وما ركب فيهما من الشهوة
حامل لهما على تحصيل الولد والولد حق المولى ولهذا قال ابو حنيفة الاذن في العزل الى المولى ثم ان هذا الخيار لا يجب
على الفور حتى لو وجدته عنينا ولم تخاصم زمانا لا يبطل لانها لا تقدر على المخاصمة كل وقت ولان ذلك قد يكون للتجربة والامتحان
لا للرضا به ولو وصل اليها مرة ثم عجز لا خيار لها لان حقها في وطئة واحدة لحصول المقصود بها من تاكد المهر و
الاحصان وما زاد عليها لا يجب عليه حكما ويجب عليه ديانة والفرقة به تطليقة بائنة وقال الشافعي هو فسخ لانه
فرقة من جهتها ولنا ان هذه الفرقة من جهته لان الواجب عليه الامساك بالمعروف فاذا فات وجب التسريح بالا
حسان فان فعل والا ناب القاضي منابه فكان الفعل منسوبا اليه فكان طلاقا بائنا ليتحقق دفع الظلم عنها والنكاح الصحيح
اللازم النافذ لا يحتمل الفسخ ولهذا لا ينفسخ بالهلاك قبل التسليم لان الملك الثابت به ضروري فلا يظهر في غير الاستيفاء
والفسخ يضاده فلا يظهر في حقه والفسخ بعدم الكفاءة وخيار العتق والبلوغ فسخ قبل التمام فكان في معنى الامتناع
من الاتمام بخلاف ما نحن فيه لانه فرقة بعد التمام فكان رفعا ولها كمال المهر وعليها العدة لوجود الخلوة الصحيحة
وقد بيناه من قبل هذا اذا اقر الزوج انه لم يصل اليها اما اذا انكر فنذكره من قريب ان شاء الله تعالى قال رحمه الله
فلو قال وطئت وانكرت وقلن بكر خيرت وان كانت ثيبا صدق بحلفه يعني اذا تمت المدة وقال وطئتها وانكرت
هي نظر اليها النساء فان قلن انها بكر خيرت وان قلن هي ثيب فالقول قوله مع يمينه فسواء كانت الثيابة اصلية
او طارئة ثم ان المصنف رحمه الله لم يذكر كيفية ثبوت العنة ليؤجل وذكره في الانتهاء ليفرق ولا بد من ذكره فيهما
وتمام تفريعاته فنقول اذا ادعت المراة انه لم يصل اليها فان صدقها يؤجل سنة مطلقا سواء كانت بكرا او ثيبا
وان كان انكر فان كانت بكرا نظر اليها النساء فان قلن انها بكر يؤجل سنة ثم اذا تمت السنة فان ادعت عدم الوصول
فان صدقها خيرت لثبوت حقها بالتصادق وان انكر نظر اليها النساء فان قلن انها بكر خيرت وان قلن هي ثيب
فالقول قوله مع يمينه لان الثيابة تثبت بقولهن وليس من ضرورة ثبوت الثيابة الوصول اليها لاحتمال زوالها
بشيء اخر فيحلف بخلاف البكارة لان ثبوتها ينفي الوصول اليها ضرورة فتخير بقولهن ثم ان حلف فهي امراته وان
نكل خيرت لان دعواها تايدت بالنكول وان كانت ثيبا في الاصل فالقول قوله مع يمينه لانه ينكر استحقاق الفرقة
عليه والاصل هو السلامة في الجبلة ثم ان حلف فلا حق لها وان نكل يؤجل سنة فاذا تمت السنة فان ادعت عدم الوصول
اليها فان صدقها خيرت لثبوت حقها بالتصادق وان انكر فالقول قوله مع يمينه لما ذكرنا ثم ان حلف فهي امراته
وان نكل خيرت لما ذكرنا فحاصله انها ان كانت ثيبا فالقول قوله ابتداء وانتهاء مع يمينه فان نكل في الابتداء يؤجل
سنة وان نكل في الانتهاء تخير وان كانت بكرا ثبتت العنة فيهما بقولهن فيؤجل او يفرق قال وان اختارته

ثم تزوجها ثانياً لم يكن لها خيار لرضاها بحاله وان تزوج امرأة اخرى وهي عالمة بحاله ذكر في الاصل انها لا خيار لها بعلمها و ذكر الخصاف ان لها الخيار لان العجز عن امرأة لا يدل على العجز عن غيرها والفتوى على الاول وفي التاجيل تعتبر السنة القمرية في ظاهر الرواية واختاره صاحب الهداية وروى الحسن عن ابي حنيفة ان السنة الشمسية هي المعتبرة احتياطاً لاحتمال ان طبعه يوافق الزيادة التي فيها وهو اختيار السرخسي والسنة القمرية ثلثمائة واربعة وخمسون يوماً وخمس يوم وسدس والسنة الشمسية ثلثمائة وخمسة وستون يوماً وربع يوم الا جزءاً من ثلثمائة جزء من يوم وفضل ما بينهما عشرة ايام وثلث وربع عشر يوم بالتقريب كذا في المغرب وذكر الحلواني ان القمرية ثلثمائة واربعة وخمسون يوماً والشمسية ثلثمائة وخمسة وستون يوماً وربع يوم وجزء من مائة وعشرين جزءاً من اليوم وفي المحيط يريد بالشمسية ان تعتبر بالايام لا بالاهلة فيزيد على القمرية احد عشر يوماً لان حساب العجم بالايام لا بالاهلة وتحتسب بايام الحيض وشهر رمضان لان السنة لا تخلو عنها ولا تحتسب بمرضه ومرضها لان السنة قد تخلو عنه وعن ابي يوسف انه ان كان اقل من نصف شهر احتسب عليه وان كان اكثر لا تحتسب عليه ويعوض قدره لان شهر رمضان محسوب عليه وهو قادر بالليل دون النهار وهو قدر نصف فكذا النصف من كل شهر فان حج او غاب هو احتسب عليه لان العجز جاء من قبله ويمكنه ان يخرجها معه او يؤخر الحج والغيبة فلا يكون عذراً بخلاف ما اذا حجت هي او غابت حيث لا تحتسب عليه من المدة لان العجز جاء من قبلها فكان عذراً فان حبس الزوج وامتنعت من المجيء الى السجن لم تحتسب عليه وان لم تمتنع وكان له موضع خلوة احتسب عليه وان لم يكن له موضع خلوة لم تحتسب عليه وعلى هذا التفصيل اذا حبس على مهرها او ظاهر منها ثم خاصمته فان كان يقدر على العتق اجله سنة وان كان لم يقدر اجله سنة وشهرين وان ظاهر منها بعد التاجيل لم يلتفت اليه لانه كان متمكناً من غشيانها والامتناع بفعله فلا يعذر **قال** ولم تخير احدهما بعيب اي ولم تخير واحد من الزوجين بعيب في الآخر وقال الشافعي يرد به وبالعيوب الخمسة الجذام والبرص والجنون والرتق والقرن لانها تمنع الاستيفاء حساً او طبعاً والطبع مؤيد بالشرع قال عليه السلام فر من المجذوم فرارك من الاسد ورد رسول الله عليه السلام بالبرص وقال الحقي باهلك حيث وجد بكشحها وضحاً او بياضاً ولان النكاح يشبه البيع لانه عقد مبادلة والبيع يرد بالعيب فكذا النكاح وقال محمد ترد المرأة اذا كان بالزوج عيب فاحش بحيث لا تطيق المقام معه لانها تعذر عليها الوصول الى حقها لمعنى فيه فكان كالجب والعنة بخلاف ما اذا كان بها عيب لان الزوج قادر على دفع الضرر عن نفسه بالطلاق ويمكنه ان يستمتع بغيرها **ولنا** ان المستحق بالعقد الوطء وهذه العيوب لا تفوته بل تعجب فيه فلا تخير فيه فوات بالهلاك قبل التسليم لا يوجب الفسخ فاختلاله اولى ان لا يوجب وهذا لان هذه العيوب تاثيرها في تفويت تمام الرضى ولزوم النكاح لا يعتمده الا ترى انه يجوز مع الهزل ولهذا لو تزوج امرأة بشرط انها بكر شابة جميلة فوجدها

من العيوب لا يعدمه بل يخل له الا ترى ان القرناء والرتقاء يمكن الوصول اليهما بالفتق والشق وما رواه الشافعي لم يصح من رواية جميل بن زيد وهو متروك عن زيد بن كعب بن عجرة وهو مجهول لانه لا يعلم لكعب ولد اسمه زيد ولا حجة له في قوله عليه الصلاة والسلام فر من المجذوم فرارك من الاسد لانه يوجب الفرار لا الخيار وظاهره ليس بمراد اجماعاً لانه يجوز ان يدنو منه ويتناوب اخذ منه وتمريضه والقيام بمصالحه والمجذوم هو الذي به الجذام وهو داء يشق الجلد ويقطع اللحم ويتساقط منه والفعل جذم على ما لم يسم فاعله بمعنى اصابه الجذام وهو مجذوم ولا يقال اجذم والبرص داء وهو بياض وقد برص الرجل فهو ابرص وابرصه الله وجن الرجل على ما لم يسم فاعله فهو مجنون واجنه الله تعالى فهو مجنون ولا يقال مجن ولا اجنه الله تعالى وجاء ثلثة من افعل على مفعول بغير تعليل دون مفعل هذا والثاني احبه الله تعالى فهو محبوب والثالث اجنه الله فهو مجنون وجاء محب على الاصل في شعر عنترة ه ولقد نزلت فلا تظني غيره ه مني بمنزلة المحب المكرم ه والقرن في الفرج ما يمنع سلوك الذكر فيه وهو اما غدة غليظة او لحمة مرتتقة او عظم وامرأة قرناء وهي العفلة بفتح العين المهملة والفاء وذكر بعضهم ان القرن عظم ناتئ محدود الراس كقرن الغزال يمنع الجماع والرتق التلاحم والله اعلم والموفق للصواب

كتاب العدة **قال**

هي تربص يلزم المرأة اي العدة عن التربص الذي يلزم المرأة عند زوال النكاح او شبهته هذا في الشريعة وفي اللغة عبارة عن الاحصاء يقال عددت الشيء اذا احصيته وسبب وجوبها عندنا النكاح المتاكد بالتسليم او ما جرى مجراه من الخلوة او الموت وشرطها الفرقة وركنها حرمة ثابتة بها وعند الشافعي الكف **قال** وعدة الحرة للطلاق او الفسخ ثلاثة اقراء اي حيض اذا طلقت الحرة او وقعت الفرقة بينهما بغير طلاق فعدتها ثلاثة قروء ان كانت من ذوات الحيض لقوله تعالى والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلاثة قروء والمراد به اذا طلقها بعد الدخول لما عرف في موضعه والفرقة بغير طلاق مثل خيار العتق والبلوغ وملك احد الزوجين صاحبه والردة وعدم الكفاءة في معنى الفرقة بالطلاق لثبوت النسب ووجب تعريف براءة الرحم والقروء الحيض وقال مالك والشافعي الطهر وبه كان يقول ابن حنبل ثم رجع لهما حديث ابن عمر وهو انه عليه الصلاة والسلام امره ان يراجعها ثم ليتركها حتى تطهر ثم يطلقها ان شاء ثم قال فتلك العدة التي امر الله ان تطلق لها النساء فهذا نص على ان العدة هي الطهر بيانه ان الله تعالى امر ان تطلقها لعدتها بقوله تعالى فطلقوهن لعدتهن واللام بمعنى في والطلاق يوقع في الطهر فكان هو العدة دون الحيض ولان القروء بمعنى الحيض يجمع على اقراء قال عليه الصلاة والسلام دع الصلاة ايام اقرائك وبمعنى الطهر يجمع على قروء وقال الاعشى ه افي كل عام انت جاشم غزوة ه تشد لاقصاها عزيم عزائكا ه مورثة مالا وفي الحي رفعة ه لما ضاع فيها من قروء نسائكا ه اراد به الطهر لان الحيض ضايع دائماً ولا يختص بزمان الغيبة فعلم بذلك ان القروء في الاية الطهر ولان تذكير الثلاثة باثبات التاء دليل ارادة الطهر اذ لو كان المراد الحيض

وهو طهران وبعض الثالث كما هو مذهبهم وهو خلف وكذا الحج والحامل وهو ثلاثة وهو حقيقة في
فكان اولى ولا يقال المجوز اطلاق لفظ الجمع على اثنين وبعض الثالث كقوله تعالى الحج اشهر معلومات لانا نقول
ذلك في الجمع المجرد عن العدد واما العدد وهو المقرون به فلا ولان العدة شرعت تعرفا لبراءة الرحم وهو بالحيض
لا بالاستبراء ولهذا لو اعتدت الآيسة بالاشهر ثم رات الدم يجب عليها استيناف العدة ونحو قوله تعالى واللائي يئسن
من المحيض وفي قوله واللائي لم يحضن اشارة الى ان المعتبر هو الحيض الا ترى انه شرط الاعتداد بالاشهر
عند عدم الحيض كقوله تعالى فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيدا ولان حمله عليه احوط فكان اولى وعليه كانت الصحابة
رضي الله عنهم حتى روي ذلك عن الخلفاء الراشدين والعبادلة الثلاثة وابي بن كعب ومعاذ بن جبل وابي الدرداء
وغيرهم رضي الله عنهم حتى روي عن عمر رضي الله عنه انه قال بحضرة الصحابة رضي الله عنهم لو قدرت ان اجعل عدة الامة حيضة
ونصفا لفعلت ولا حجة لهم في حديث ابن عمر ولا في الآية التي تلوها لان معناها فطلقوهن لاستقبال عدتهن
كما يقال في التاريخ دخلت المدينة لخمس بقين من الشهر والا لزم ان تكون العدة متقدمة على الطلاق حين يقع فيها
وهو خلف وحملهم اللام على الظرف غلط ظاهر مخالف لاستعمال اهل اللغة ولا نسلم ان القرء مختص بمعنى الطهر بل
يجيء به القرء بمعنى الحيض ايضا قال عم لفاطمة بنت ابي حبيش فانظري اذا اتاك قرؤك فلا تصلي فاذا مر قرؤك
فتطهري ثم صلي وقال ابن الاعرابي ليس اذا استنفضته بناهض له قرو كقرو الحايض ولا متمسك لهم بتذكير
الثلاث لان لفظ القرء مذكر فبناء عليه يذكر لان الشيء اذا كان له اسمان مذكر ومؤنث كالبر والحنطة جاز تذكيره
وتانيثه على ما عرف في موضعه وكذا استدلالهم بان القرء بمعنى الاجتماع لا يصح لان المجتمع هو الدم دون الطهر
فكان اولى به فيصير شاهدا لنا لا لهم فحاصله ان القرء اسم مشترك بينهما فحمله على الحيض اولى بدليل ما ذكرنا من الترجيح
والقراين وروي الشعبي عن ثلاثة عشر من اصحاب النبي عم ان الرجل احق بامراته ما لم تغتسل من الحيضة الثالثة ولو كان
القرء هو الطهر لانقطعت بالطعن في الحيضة الثالثة والقرء ايضا هو الانتقال لغة يقال قرأ النجم اي انتقل
والحيض هو المنتقل دون الطهر قال او ثلاثة اشهر ان لم تحض اي عدة الحرة ان لم تكن من ذوات الحيض لصغر
او كبر ثلاثة اشهر اما التي لا تحيض لكبر فلقوله تعالى واللائي يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة اشهر اي
ان اشكل عليكم حكمهن وجهلتموه او انقطع حيضهن قيل لما نزل قوله تعالى ثلاثة قروء قالوا فما عدة من لا تحيض فنزل واللائي
يئسن من المحيض من نسائكم الآية واما الصغيرة فلقوله تعالى واللائي لم يحضن اي فعدتهن كذلك ثلاثة اشهر فحذف المبتدا
والخبر لدلالة ما تقدم عليهما ويدخل تحت الاطلاق من بلغت بالسن ولم تحض وكذا التي رات الدم يوما او يومين لانه ليس
بحيض وفي الجامع الصغير لقاضي خان امراة اتى عليها ثلاثون سنة ولم تحض فقال تعتد بالاشهر لانه وقع اتفاقا
لا على وجه الاشتراط قال وللموت اربعة اشهر وعشر اي العدة لموت الزوج اربعة اشهر وعشر سواء كانت الزوجة
مسلمة او كتابية تحت مسلم صغيرة او كبيرة قبل الدخول وبعده لقوله تعالى والذين يتوفون منكم ويذرون ازواجا يتربصن

والتواريخ بالليالي فلهذا احذفت التاء قال والامة قرءان ونصف المقدار اي عدة الامة حيضتان في
الطلاق بعد الدخول ان كانت ممن تحيض وان كانت ممن لا تحيض لصغر او كبر او كان متوفى عنها زوجها
فنصف ما تقدم في حق الحرة وهو شهر ونصف في الطلاق بعد الدخول وشهران وخمس في الوفاة عليه
اجماع الامة وقال عم عدة الامة حيضتان وقد تلقته الامة بالقبول فجاز تخصيص العمومات به ولان الرق
اثر في تنصيف النعمة والعدة نعمة لان استحقاقها بوصف الآدمية ولما فيها من تعظيم امر النكاح فوجب القول
بتنصيفها الا ان الحيضة لا تتنصف لان اجزاءها من حيث الكثرة والقلة والعرف فلا يدري نصفها واليه اشار عمر
رضي الله عنه بقوله لو استطعت لجعلتها حيضة ونصفا ولا فرق في ذلك بين القنة وام الولد والمدبرة والمكاتبة
والمعتقة البعض عند ابي حنيفة رح لوجود الرق في الكل قال وللحامل وضعه اي عدة الحامل وضع الحمل سواء
كانت العدة عن طلاق او وفاة او غيرهما لاطلاق قوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن وهو قول ابن
مسعود وعمر رضي الله عنهما وقال علي عدتها ابعد الاجلين لان النصوص متعارضة فبعضها يوجب التربص ثلاثة قروء
وبعضها اربعة اشهر وعشرا وبعضها وضع الحمل فقلنا بوجوب الابعد احتياطا قلنا آية الحمل متاخرة فيكون غيرها
منسوخا بها او مخصوصا وقال ابن مسعود من شاء باهلته ان سورة النساء القصرى نزلت بعد الاربعة عشر رواه
ابو داود والنسائي وابن ماجة وفي صحيح البخاري عن ابن مسعود في المتوفى عنها زوجها انزلت سورة القصرى بعد الطولى
وعن ابي بن كعب قال قلت يا رسول الله واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن للمطلقات ثلثا وللمتوفى عنها زوجها
قال هي للمطلقة وللمتوفى عنها زوجها رواه احمد والدارقطني وعن الزبير بن العوام انه كان عنده ام كلثوم بنت عقبة
فقالت له وهي حامل طيب نفسي بتطليقة فطلقها تطليقة ثم خرج الى الصلاة فرجع وقد وضعت فقال ما لها خدعتني
خدعها الله ثم اتى النبي عم فقال سبق الكتاب اجله اخطبها الى نفسها رواه ابن ماجة وفي صحيح البخاري ومسلم ان سبيعة
الاسلمية انه عليه الصلاة والسلام افتاها بانها حلت حين وضعت وامرها بالتزوج ان بدا لها وكان قد مات عنها
زوجها وقال عمر رضي الله عنه لو وضعت وزوجها على سريره لانقضت عدتها فحل لها ان تتزوج ولا معنى لقول من قال
ينقضي عدتها بوضع الحمل ولا يجوز لها ان تتزوج حتى تطهر من نفاسها لانها اذا لم تكن تحت زوج ولا معتدة ولا حبلى
بثابت النسب او غيره فقد خلت عن الموانع الشرعية فتحل ضرورة ولكن لا يطاها حتى تطهر وحرمة الوطء لا تمنع
صحة النكاح كالحايض والصايمة والتي ظاهر منها ثم طلقها بائنا قال وعدة الفار ابعد الاجلين اي عدة زوجة
الفار ابعد الاجلين من عدة الوفاة ومن عدة الطلاق وهي التي ابانها في المرض الذي مات فيه وقال ابو يوسف تعتد عدة
الطلاق وهو القياس لان النكاح زال به وبقاء النكاح في حق الارث حكما احتياطا لا لاجماع الصحابة فلا يلزم بقاؤه
حقيقة بخلاف المطلقة رجعيا لان النكاح فيه انقطع بالموت اذ هو لا يبطل النكاح ولهذا بقيت احكام الزوجات كلها
وجه الاستحسان انها لما ورثت جعل النكاح قائما حكما الى الوفاة اذ لا ارث لها الا به فكذا في حق العدة بل اولى لانها تجب

زوج لان النكاح باق من كل وجه في الرجعي فوجب انتقال عدتها الى عدة الحراير لكمال الملك فيها والطلاق في الملك الكامل
يوجبه عدة الحراير وفي البائن والموت زال النكاح ولم يتكامل الملك بعد زوال النكاح والطلاق في الملك الناقص لا يوجب
عدة الحراير فلا ينتقل عدتها وهذا بخلاف ما اذا آلى منها ثم ابانها ثم اعتقها سيدها حيث تقيد مدة ايلايها مدة ايلاء
الحراير ولا فرق فيه بين البائن والرجعي والفرق ان البينونة ليست من احكام الايلاء فالبائن والرجعي فيه سواء بخلاف
العدة فان سببها الطلاق وهي تعقبه فتعين فيها صفته ولان في زيادة مدة العدة اضرارا بها وليس في زيادة مدة
الايلاء ذلك فافترقا كذا ذكره في الغاية قال ومن عادة دمها بعد اشهر الحيض اي وعدة من عادة دمها بعد ما
اعتدت باشهر الحيض ومراده ان الآيسة اذا اعتدت بالاشهر ثم رات الدم انتقض ما مضى من عدتها ووجب عليها
ان تستانف العدة بالحيض معناه اذا راته على العادة الجارية لان عوده يبطل الاياس لان شرط الخليفة تحقق اليأس
عن الاصل وذلك بالعجز الدايم الى الموت كالفدية في حق الشيخ الفاني وكذا اذا حبلت من زوج آخر انتقضت عدتها و
فسد نكاحها لانه تبين انها من ذوات الاقراء اذ الآيسة لا تحيض والصغيرة اذا حاضت بعد انقضاء عدتها بالاشهر
لا تستانف لانه لا يتبين انها كانت من ذوات الاقراء بخلاف ما اذا حاضت في اثناء العدة حيث تستانف تحرزا عن الجمع بين
الاصل والبدل ثم ذكر الاستيناف هنا مطلقا وذكر في الايضاح هذا في الرواية التي لم تقدر للاياس مقدارا اما على
الرواية التي قدر للاياس قدرا اذا بلغته ثم رات الدم لم يكن حيضا وذكر في الغاية معزيا الى الاسبيجابي على رواية عدم
التقدير لو اعتدت بالاشهر ثم رات الدم لا تبطل الاشهر وهو المختار عندنا وذكر فيه ايضا على رواية التقدير للاياس
اذا رات دما بعد ذلك اختلاف المشايخ ايضا فيثبت بهذا ان ما تراه الدم بعد سن الاياس فيه اختلاف اختلاف المشايخ على
الروايتين قيل يكون حيضا وتستانف العدة ويبطل النكاح ان تزوجت وقيل لا يكون حيضا ولا تستانف العدة ولا يبطل
النكاح وقول صاحب الهداية يقتضي انه اختار البطلان والاسبيجابي عدمه وقيل ان كان احمر او اسود فهو
حيض وان كان اخضر او اصفر فلا اعتبار به ثم تفسير قول من لم يقدر للاياس ظاهر وهو ان يبلغ حدا لا
تحيض فيه مثلها وذلك يعرف بالاجتهاد واما على قول من قدره فقد اختلفوا فيه فقال بعضهم ستون سنة وقال
الصفار سبعون سنة وقال الصدر الشهيد المختار خمس وخمسون سنة وعليه اكثر المشايخ وفي المنافع وعليه الفتوى
وعن محمد انه قدره في الروميات بخمس وخمسين سنة وفي غيرهن ستين سنة ولو ايست المعتدة بعد ما حاضت حيضة او حيضتين
استانفت العدة بالشهور ولا عبرة بما مضى من الحيض تحرزا عن الجمع بين الاصل والبدل فان قيل انتم جوزتم ذلك في
الصلاة حيث قلتم المتوضي اذا احدث في الصلاة ولم يجد ماء يتيمم ويبني وكذا المصلي اول صلاته بركوع وسجود ثم عجز
جاز له الباقي بالايماء فوجب ان يجوز الجمع بينهما ايضا قلنا الصلاة بالتيمم ليست بخلف عن الصلاة بالوضوء وانما
الخليفة بين التراب والماء او بين الطهارتين بهما على اختلافهم وذلك لا يجوز فيه الجمع وكذا الايماء ليس بخلف عن الركوع
والسجود لان الايماء موجود فيهما وزيادة ولكن سقط عنه بعض ما لا يقدر عليه للعذر وبقي البعض على حاله وبعض الشيء
لا يكون خلفا عن الباقي
بوجوده معه والخلف لا يكون
للخليفة بين ... آخر غيره
قال والمنكوحة
نكاحا فاسدا والموطوءة
بشبهة وام الولد الحيض
للموت وغيره ابعده عدد هن
التكرار ... الحيض اذا فارقت بالموت
اوغيره من تفريق القاضي
اوعزم الواطئ على ترك وطيها
اوعتق ام الولد ومعناه
اذا لم تكن حاملا ولا آيسة
لان عدتهن للتعرف عن
براءة الرحم لا لقضاء حق
النكاح والحيض هو المعرف
فلا اختلاف بين الحامل
وغيرها ... والآيسة

فان قيل فعلى هذا ينبغي ان يكتفى بحيضة اذا اتصل به الحكم القبض فيؤخذ له الحكم من الصحيح والوطي بشبهة هو
كالفاسد حتى يجب به المهر وغيره وعدة ام الولد وجبت بزوال الفراش فاشبهت عدة النكاح وقال الشافعي
ومالك يجب على ام الولد حيضة واحدة ويروى ذلك عن عائشة وابن عمر وقال الاوزاعي عدتها بموت مولاها
اربعة اشهر وعشرا رواه عمرو بن العاص عن رسول الله عم اخرجه ابو داود وضعفه واما قياسا فيه عمر وعلي
وابن مسعود رضي الله عنهم وكفى بهم قدوة ولان هذه عدة وجبت على حرة فلا يكتفى فيها بحيضة كعدة النكاح بل
اولى لان تلك تجب على الامة وهذه لا تجب الا على الحرة فكانت اولى بالتكميل بخلاف الاستبراء لانه لا يجب عليها
انما يجب على المولى هذا اذا لم تكن متزوجة او معتدة اما اذا كانت متزوجة او معتدة فلا يجب عليها العدة
لعدم ظهور فراش المولى معه ولو مات المولى والزوج ولا يدرى ايهما اول وبين موتيهما اقل من شهرين
وخمسة ايام فعليها ان تعتد باربعة اشهر وعشر للاحتمال ان المولى مات اولا ثم مات الزوج وهي حرة
ولا يجب بموت المولى شيء لانه ان تقدم موته على موت الزوج فهي منكوحة وان تاخر فهي معتدة فتيقنا بعدم
وجوب العدة للمولى وان كان بين موتيهما اكثر من ذلك والمسئلة بحالها تعتد باربعة اشهر وعشر للاحتمال
تاخر الزوج وبعشر ثلاث حيض للاحتمال ان المتاخر هو المولى وانه مات بعد انقضاء عدتها من الزوج بخلاف
ما تقدم على ما بيناه وان لم يعلم ما بينهما فكذلك عندهما للاحتمال ما ذكرنا وعند ابي حنيفة رضي الله عنه تعتد باربعة اشهر
وعشر للاحتمال ان الزوج هو المتاخر فلا يعتبر فيها الحيض لان سبب وجوب العدة للمولى هو ظهور فراشه
ولم يوجد والاحتياط انما يكون بعد ظهور سببه قال وزوجة الصغير الحامل عند موته وضعه والحامل
بعدة الشهور اي عدة عدة الزوجة الصغير وهي الحامل عند موته وضع الحمل وان حدث الحمل بعد
موته فعدتها الشهور وتفسير قيام الحمل عند موته ان تلد لاقل من ستة اشهر من وقت موته وقيل
لاقل من سنتين ولا اكثر من سنتين حادث اجماعا وكذا اذا ولدت لاكثر من ستة اشهر عند الجمهور وقال
ابو يوسف عدتها الشهور في الوجهين وبه قال الشافعي ومالك لانه منتف عنه فلا عبرة به كالحمل الحادث
بعد موته ولنا اطلاق قوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن من غير فصل بين ان يكون منه او
من غيره ولان هذه العدة شرعت لقضاء حق النكاح لا للتعرف عن براءة الرحم فوضعه يصلح دليلا على براءته
فيتعلق به الانقضاء كالذي ينسب الى الميت بخلاف الحادث بعد الموت لانه لم يثبت وجوده وقت الموت حقيقة
ولا حكما فتعينت الاشهر عند الموت فلا يعتبر بحدوثه بعد ذلك بخلاف امراة الكبير اذا حدث بها الحبل بعد الموت
لان نسبه ثابت الى حولين وضرورته وجوده عند الموت فتبين انه ليس بحادث حتى لو تيقن بحدوثه بان
ولدته بعد الحولين كان الحكم كذلك وعلى هذا لو تزوج الكبير امراة فدخل بها ثم طلقها ومات عنها ثم جاءت
بولد لاقل من ستة اشهر من وقت التزوج كان على هذا الخلاف لانه ليس بثابت النسب ولكن موجودا وقت
زوال النكاح بالموت قال
والنسب منتف فيهما اي
نسب الولد لا يثبت من الصغير
في الحمل الحادث بعد الموت وفي
الحادث بعد الموت وغير
الحادث لا يستحق النسب لان النسب
بحقيقة الماء ولا ماء له ولا يمكن ابقاؤه
فجعلنا مع فقده حقيقة واقامة
النكاح مقام الماء عند القصور
فاذا تعذر فات الشرط
قال ولا تعتد بحيض طلقت فيه اي
لو طلقها وهي حائض لا يعتد
بتلك الحيضة التي وقع فيها الطلاق
لان الواجب عليها ثلاث حيض
او ثلثان بالنقص فلا ينتقص
عنها كاعداد الركعات ولان
الحيضة الواحدة لا تتجزأ
وقد قبل الطلاق لا تحتسب به

من العدة لعدم السبب فكذا ما بعده لعدم التجزي ولو احتسبت به لوجب تكميله من الرابعة فاذا وجب تكميله من

الرابعة وجب كلها ضرورة لانها لا تتجزي **قال** وتجب عدة اخرى بوطي المعتدة بشبهة وتداخلتا والمرئي

منهما وتتم الثانية ان تمت الاولي اي اذا وطيت المعتدة بالشبهة تجب عليها عدة اخرى وتداخلت العدتان والدم الذي

تراه محتسب به من العدتين وتتم العدة الثانية ان تمت الاولي ولم تكمل الثانية وقال الشافعي لا تتداخلان لانهما حقان

المستحقين فلا يتداخلان كالمهرين ولانهما عبادتان كف فمدة فلا يجتمع الكفان في وقت واحد كالصومين في يوم واحد وهذا

لانهما مامورة بالتربص وهو فعل منها والفعل الواحد لا يتعدد بفعلين **ولنا** ان العدة مجرد اجل والاجال اذا اجتمعت

تنقضي عدة واحدة كرجل عليه ديون الى اجل فمضى الاجل حلت كلها والدليل على انه اجل قوله تعالى وأولات الاحمال اجلهن

ان يضعن حملهن فاذا بلغن اجلهن فامسكوهن حتى يبلغ الكتاب اجله ولان المقصود فيها براءة الرحم وهي تحصل با

لواحدة فصار كما اذا كانت العدتان من شخص واحد او من اشخاص وهي حامل حيث ينقضي الكل بالوضع اجماعا ولان ركن العدة

حرمة الافعال من الخروج والتزوج وغيره ذلك بالنهي وهو يقتضي الحرمة ومعنى العبادة تابع فيه حتى تنقضي من غير قصد

وتجب على الكافرة وعلى غير المكلفة ويصح منهم والمحرمات تجتمع في وقت واحد كالصيد والحرم تحرم على المحرم بجهتين

وكذا الخمر على الصايم بخلاف الصوم فان الركن فيه الفعل فلا يكون الفعل الواحد فعلين فتحققه ان العدة تنقضي من غير علمها

بلا كف وليس لها ان تؤخرها بعد الوجوب ولا اختيار لها في الابتداء فكيف يمكنها ان تؤخر احدي العدتين وتشتغل

بالاخرى ولو كان هذا مشروعا لامكنها في الابتداء ان تؤخرها الى وقت ولا تعلق له بالامر بالتربص على انه فعل لان

معناه الانتظار وانتظار اشياء في وقت واحد ممكن وكذا الامتناع عن اشياء يمكن في زمان واحد ولان العدة اثر النكاح بينا

وحقيقة النكاح لا تنافي العدة فاشبهه اولى ان لا ينافيها والمعتدة عن وفاة اذا وطيت بشبهة تعتد بالشهور وتحتسب بما تراه

من الحيض في خلالها من العدة لحصول المقصود به **قال** ومبدا العدة بعد الطلاق والموت لان الله تعالى اوجبها على المطلقة

والمتوفى عنها زوجها وهما يتصفان بهما عقيبهما فيكون وقت ابتدايهما ضرورة ولان السبب نكاح متاكد بالدخول او

ما يقوم مقامه والفرقة شرط الوجوب بها وقد تحقق فيجب حينئذ وجعل صاحب الهداية ان السبب هو الطلاق او الموت هل

يجوز لكونه متعلق الحكم ولو لم تعلم بالطلاق او الموت حتى مضت مدة العدة فقد انقضت لانها اجل فلا يشترط فيه

العلم لانقضائه ولو اقر بانه طلقها منذ زمان كذا فان كذبته المراة او قالت لا ادري تجب العدة من وقت الاقرار وتجب

لها عليه النفقة والسكنى ولا يحل له ان يتزوج باختها ولا اربع سواها حتى تنقضي عدتها وان صدقته ذكر في الاستاذ

ذكر في الاصل ان عليها العدة من وقت الطلاق واختار مشايخ بلخ انه تجب العدة من وقت الاقرار عقوبة عليه جزاء على

كتمانه الطلاق ولا تجب عليه نفقة ولا سكنى باعترافها بسقوطه وينبغي على قولهم هو الاول ان لا يحل له التزوج باختها واربع

سواها حتى تنقضي العدة من وقت الاقرار وقال السعدي ما قاله محمد من ان العدة تعتبر من وقت الطلاق محمول على ما

اذا كانا مفترقين واما اذا كانا مجتمعين فلا يصدقان لان الكذب في كلامهما ظاهر **قال** وفي النكاح الفاسد

وهو المتاركة ولان السبب الموجب للعدة شبهة النكاح ورفع هذه الشبهة بالتفريق الا ترى انه لو وطيها قبل المتاركة لا تحد وكذا الوطيات فيه لا توجب الا مهرا واحدا فلا تكون شارعة في العدة حتى ترتفع هذه الشبهة

بالتفريق كما في النكاح الصحيح ولهذا لا تعتد عقيب كل وطية بعدها وطء ولو كان كما قاله لاعتدت وانقضت عدتها

بعد ثلاث حيض وخلي الوطيات بعدها شبهة **قال** وان قالت مضت عدتي وكذبها الزوج فالقول قولها مع

الحلف لانها امينة فيما تخبر والقول قول الامين مع اليمين كالمودع اذا ادعى رد الوديعة او هلاكها وقد بينا

ادنى المدة التي تصدق فيها شهرها والاختلاف الواقع فيها بين الايمة في اخر باب الرجعة فلا نعيده **قال** رحمه الله

ولو نكح معتدته وطلقها قبل الوطي وجب مهر تام وعدة مبتداة اي لو ابان امراته بما دون الثلاث ثم تزوجها وهي

في العدة فطلقها قبل الدخول بها فعليه مهر كامل وعليها عدة مستقبلة وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال

زفر نصف المهر لها او المتعة ولا عدة عليها وقال محمد لها نصف المهر او المتعة وعليها تمام العدة الاولى لزفر

رحمه الله وهو القياس ان العدة الاولى بطلت بالتزوج ولا تجب العدة بعد الطلاق الثاني ولا كمال المهر لانه قبل الدخول

ومحمد يقول كذلك غير ان اكمال العدة الاولى وجب بالطلاق الاول لكنه لم يظهر حكمه حال التزوج الثاني فاذا

ارتفع بالطلاق الثاني ظهر حكمه كما لو طلق امراته الامة وليس لها ولد منه طلقة ثم اشتراها ثم اعتقها تجب عليها

العدة بالطلاق ثم يبطل ذلك في حقه بالشراء حتى يجوز له وطيها ثم يظهر ذلك بالعتق حتى تجب عليها تمام العدة الاولى

لانه كان واجبا بالطلاق السابق وكذا لو اشتراها قبل ان يطلقها والمسئلة بحالها لانه بالشراء ينفسخ النكاح

ولم تظهر العدة ثم بالعتق تظهر على ما بينا ولو كانت ولدت منه فكذلك الحكم في الموضعين غير انه تجب عليها عدة

اخرى لانها ام ولد اعتقت وتداخلت العدتان وتجب عليها الاحداد الى ان تمضي عدة النكاح وهي حيضتان من وقت الطلاق

والشراء لانها عدة النكاح ولا تجب عليها فيما بقي لانها عدة ام الولد ولهما ان الوطي قبض وهي مقبوضة في يده بالوطي

الاول لبقاء اثره وهو العدة فاذا عقد عليها ثانيا وهي مقبوضة في يده نابت القبض الاول عن المستحق بالثاني كا

لغاصب اذا اشترى المغصوب وهو في يده يصير قابضا بمجرد العقد فكان طلاقا بعد الدخول ولا يقال وجب على هذا

ان يملك عليها الرجعة لان الطلاق بعد الدخول يعقب الرجعة لانا نقول لا يلزم من اقامته مقام الوطي في النكاح الاول

لعقد الثاني في حق المهر والعدة ان يقوم مقامه في حق ملك الرجعة وعلى هذا لو كان النكاح الاول فاسدا ثم

تزوجها نكاحا صحيحا وهي في العدة ثم طلقها قبل الدخول بها تجب عليه مهر كامل وعليها عدة مستقبلة عندهما الا محمد

ولو كان على القلب بان كان صحيحا والثاني فاسدا لا تجب عليه المهر ولا استقبال العدة عليها وتجب تمام العدة

الاولى بالاجماع والفرق لهما انه لا يتمكن من الوطي في الفاسد فلا يجعل واطيا حكما لعدم الامكان حقيقة

ولهذا لا يجعل واطيا بالخلوة في الفاسد حتى لا تجب عليه المهر ولا عليها العدة **قال** ولو طلق ذمي ذمية لم تعتد

وكذا اذا مات عنها زوجها الذمي وهذا اذا لم تجب في معتقدهم وهو قول ابي حنيفة وروي عنه انه لا يطاها حتى

لانه يعتقه ولو كانت حاملا لا تتزوج بالاجماع حتى تضع حملها لانه ثابت النسب على ما نبين من قريب وعلى هذا الخلاف
الحربية اذا خرجت الينا مسلمة او ذمية او مستامنة ثم اسلمت او صارت ذمية وهما يقولان ان هذه فرقة
وقعت بعد الدخول في دار الاسلام بسبب التباين فيجب عليها العدة كما لو وقعت بسبب آخر نحو الموت ومطاوعة
ابن الزوج بخلاف ما اذا هاجر هو وتركها في دار الحرب حيث لا تجب عليها العدة اجماعا لعدم التبليغ حتى يجوز له ان
يتزوج اختها او اربعا سواها عقيب دخوله دار الاسلام وله قوله تعالى ولا جناح عليكم ان تنكحوهن مطلقا
من غير قيد ولان العدة من حيث وجبت حقا للعبد والحربي ملحق بالجماد والبهائم حتى صار محلا للتملك فلا حرمة
له فلهذا لا تجب على المسبية اذا وقعت الفرقة بينهما وتباين الدار وهو الدخول في دار الاسلام ولو كانت
حاملا لا يجوز نكاحها حتى تضع الحمل من الزنا والصحيح الاول لانه ثابت النسب لان النسب يثبت من الحربي فيمتنع
النكاح كحمل ام الولد بخلاف الحمل من الزنا والله تعالى اعلم بالصواب **فصل في الاحداد** وهو
ترك الزينة والطيب وفيه لغتان احدت احدادا فهي محد وحدت تحد من باب ضرب ونصر حدا فهي حاد
واصل الحاد المنع وهو معروف **قال** تحد معتدة البت والموت بترك الزينة والطيب والكحل والدهن الا بعذر
والحناء ولبس المعصفر والزعفران كانت مسلمة او بالغة لقوله عم لا يحل لامراة تؤمن بالله واليوم الآخر ان
تحد فوق ثلاث الا على زوج فانها لا تكتحل ولا تلبس ثوبا مصبوغا الا ثوب عصب ولا تمس طيبا الا اذا طهرت نبذة
من قسط او اظفار متفق عليه وقال عليه الصلاة والسلام المتوفى عنها زوجها لا تلبس المعصفر من الثياب ولا
الممشقة ولا الحلي ولا تختضب ولا تكتحل رواه احمد وابو داود والنسائي وقال الشافعي رحمه الله لا احداد على المطلقة
لانه وجب اظهار التاسف على فوت زوج وفى بعهدها الى الممات وهذا قد اوحشها بالفراق فلا تتاسف عليه
ولنا ما روي انه عليه الصلاة والسلام نهى المعتدة ان تختضب بالحناء رواه النسائي وهو مطلق فيتناول المطلقة
ولانه يجب اظهار التاسف على فوت نعمة النكاح الذي هو سبب لصونها وكفاية مؤنتها والابانة اقطع لها من
الموت حتى كان لها غسله ميتا قبل الابانة لا بعدها فان قيل كيف يجب التاسف عليها وقد قال تعالى لكيلا تاسوا على
ما فاتكم ولا تفرحوا بما آتاكم قلنا المراد بالفرح والاسى بصياح نقل ذلك عن ابن مسعود رضه واما بدون الصياح فلا
يمكن التحرز عنه فان قيل المختلعة وقع الفراق باختيارها فكيف تتاسف عليه بعد ذلك وكذا المبانة بغير الخلع
قد جفاها فكيف يتصور ان تتاسف عليه فلو كان كما قلتم من فوات نعمة النكاح لما وجب عليها اذ هي تختار ضده
وكان ينبغي ان يجب على الرجل ايضا لانه فوت نعمة النكاح قلنا يعتبر الاعم الاغلب ولا ينظر الى الافراد وكم من
النساء من تتمنى موت الزوج وتفرح بموته ومع هذا يجب الحداد عليها لما قلنا وهو تبع للعدة فلو وجب على الرجل
لوجب مقصودا وهو غير مشروع ولهذا لا يحل لها ذلك على غير الزوج كالولد والابوين وان كان عليها اشد من
الزوج لفقد العدة وبترك جميع الحلي والزينة ولبس الحرير وغيره من الثياب المصبوغة والذهب والفضة والجواهر
[illegible] ولا الكحل [illegible] ولا تلبس [illegible] الثياب [illegible] الا لضرورة [illegible] لدفع الاذى [illegible] بالاسنان [illegible] الصفرة [illegible]

ان تلبس العصب مكروه وهو ثوب موشى يعمل في اليمن وقيل هو برد من برود اليمن ينسج ابيض ثم يصبغ بعد ذلك
ولو لم يكن لها ثوب سوى المصبوغ فلا باس بلبسه للضرورة اذ ستر العورة واجب وذكر الحلواني ان الثياب
الجديدة منها اما لو كانت خلقا بحيث لا تقع بها الزينة فلا باس به **قال** ولا معتدة العتق والنكاح الفاسد اي
لا يجب الحداد على ام الولد اذا اعتقها سيدها ولا المعتدة في نكاح فاسد لان الحداد لاظهار التاسف على فوات نعمة النكاح
ولم تفتها نعمة النكاح وكذا لا احداد على كافرة ولا على صغيرة لانهما غير مخاطبين بحقوق الشرع اذ هي عبادة لانه
عليه السلام شرط ان يكون مؤمنة لما روينا من الخبر ولولا انه عبادة لما شرط فيه الايمان بخلاف العدة فانها
حق الزوج فتجب على الكل ولا احداد على المطلقة الرجعية لان نعمة النكاح لم تفتها اذ النكاح باق فيها حتى يحل وطئها
فتجري عليها احكام الزوجات وعلى الامة الاحداد لانها مخاطبة بحقوق الشرع اذا لم يكن فيها ابطال حق المولى
بخلاف الخروج لانها لو منعت عنه لبطل حق المولى في الاستخدام وحق المولى مقدم على حق الشرع لحاجته وعلى حق
الزوج الا ترى انه لا يجب عليه ان يبوئها في بيت الزوج حال قيام النكاح وبعد زواله اولى حتى لو كانت مبوءة
في بيت الزوج لا يجوز لها الخروج اي الخروج الآن يخرجها المولى وعن محمد ان لها الخروج لعدم حق الشرع فان
لو وجب على الامة الاحداد لاجل فوت نعمة النكاح لما وجب عليها بعد شراء منكوحته لزوال النكاح بالشراء قلنا
يجب ايضا هنالك غير ان عدتها لا تظهر في حق المولى لثبوت حل وطئها بالشراء فلا يجب الاحداد ايضا بدون
العدة حتى لو اعتقها في هذه الحالة ظهرت العدة والاحداد في عدة النكاح على ما تقدم بيانه وام الولد والمدبرة
والمكاتبة ومعتقة البعض عند ابي حنيفة كالقنة لوجود الرق فيهن **قال** ولا تخطب معتدة وصح التعريض لقوله
تعالى ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء الى قوله ولكن لا تواعدوهن سرا الا ان تقولوا قولا معروفا و
التعريض ان يذكر شيئا يدل على شيء لم يذكره وهو هنا ان يقول لها انك لجميلة وانك لصالحة ومن غرضي ان اتزوج
ونحو ذلك من الكلام الدال على ارادة التزوج بها نحو قوله اني فيك لراغب واني اريد ان نجتمع وهذا القول المعروف
ولا يصرح بالنكاح ولا يقول اني اريد ان انكحك وقوله تعالى او اكننتم في انفسكم اي سترتم في قلوبكم واضمرتم والمستدرك
في قوله ولكن لا تواعدوهن محذوف تقديره علم الله انكم ستذكرونهن فاذكروهن ولكن لا تواعدوهن سرا اي
وطيا لانه مما يسر قال عليه الصلاة والسلام السر النكاح هذا اذا كانت المعتدة عن وفاة واما اذا كانت معتدة عن طلاق
فلا يجوز التعريض ~~بوجه لا يقف عليه لانه ان كان رجعيا فالزوجية قائمة واما اذا كانت معتدة عن طلاق فلا يجوز~~
التعريض على وجه لا يقف عليه الناس لانها لا تخرج ليلا ولا نهارا او الاظهار بذلك قبيح وفيه تحصيل ما يوجب البغض
والعداوة بينه وبين الزوج ولا يتحقق ذلك في المتوفى عنها زوجها **قال** ولا تخرج معتدة الطلاق بل تعتد في المنزل
الذي كان يضاف اليها بالسكنى حال وقوع الطلاق سواء كان الطلاق رجعيا او بائنا لقوله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن
ولا يخرجن الا ان ياتين بفاحشة وقيل الفاحشة نفس الخروج وقيل الزنا فيخرجن لاقامة الحد عليهن نقل ذلك
عن ابن مسعود والاوزاعي عن النخعي وقال ابن عباس ان تبذو بذية اللسان فتؤذي احماها فتخرج من منزل الزوج ولو طلقها وهي زائرة وجب عليها ان ترجع الى منزلها وليس لها ان تخرج منه الا لضرورة من خوف على نفسها او مالها [illegible] الزوج غائبا فان اخذت بالكراء فلا تخرج منه ان كانت قادرة بل تدفع وترجع به على الزوج اذا كان باذن الحاكم والزوج [illegible] دارها فلها منازل لغيره لانه [illegible] ولها [illegible] اليه المتاع وقطع [illegible] ما اذا كانت المنازل

قيل

ان كان بائنا فلا يمكث حيث هي وكذا بينها وبين الزوج

لا حيث كان لها ان تخرج اليه وتبيت في اي منزل شاءت لانها تضاف اليها بالسكنى والصغيرة تخرج في الطلاق
البائن لانها غير مأمورة بحكم الشرع ولا حق للزوج فانقطع حقه عنها ولا يمنعها به الخروج بخلاف الرجعي حيث
لا تخرج الا باذنه لقيام النكاح بينهما فلم ينقطع حقه والكتابية تخرج لانها غير مخاطبة بحكم الشرع وللزوج ان يمنعها
لصيانة مائه بخلاف الصغيرة لانه لا يتوهم حملها والمعتوهة كالكتابية في هذا لانها غير مطالبة بحكم الشرع قال رحمه الله
ومعتدة الموت تخرج يوما وبعض الليل لان نفقتها عليها فتحتاج الى الخروج للتكسب وامر المعاش بالنهار
وبعض الليل فيباح لها الخروج فيهما غير انها لا يجوز لها ان تبيت في غير منزلها الليل كله ولها ان تبيت اقل
من نصف الليل لان البيتوتة عبارة عن الكون في مكان اكثر الليل بخلاف المعتدة عن طلاق لان نفقتها دارة عليه فلا حاجة لها
الى الخروج حتى لو اختلعت على نفقتها يباح لها الخروج في رواية لضرورة معاشها وقيل لا يباح لها الخروج لانها هي التي
اختارت ابطال النفقة فلا يصلح ذلك في ابطال حق عليها وبه كان يفتي الصدر الشهيد فكان كما لو اختلعت على ان
السكنى لها فان مؤنة السكنى تسقط عنه اي عن الزوج ويلزمها ان تكتري بيت الزوج ولا يحل لها ان تخرج منه
قال وتعتد في بيت وجبت فيه الا ان تخرج او ينهدم اي تعتد المتوفى عنها زوجها ان امكنها ان تعتد
في البيت التي وجبت فيه العدة بان كان نصيبها من دار الميت يكفيها او اذن لها في السكنى فيه وهم كبار او تركوها
ان تسكن فيه باجر وهي تقدر على ذلك لانه عليه الصلاة والسلام قال لفريعة بنت مالك حين قتل زوجها ولم يدع
مالا ترثه وطلبت ان تتحول الى بيت اهلها لاجل الرفق عندهم امكثي في بيتك الذي اتاك فيه نعي زوجك حتى يبلغ الكتاب
اجله رواه الترمذي وصححه وقوله الا ان تخرج او ينهدم اي الا ان يخرجها الورثة يعني فيما اذا كان نصيبها من دار الميت
لا يكفيها او ينهدم البيت الذي كانت تسكنه فحينئذ يجوز لها ان تنتقل الى غيره للضرورة وكذا اذا خافت على نفسها
او مالها او كانت فيه باجر ولم تجد ما تؤديه جاز لها الانتقال ثم لا تخرج من البيت الذي انتقلت اليه الا لعذر لانه يأخذ
حكم الاول وتعيين البيت الذي تنتقل اليه اليها لانها مستبدة بامر السكنى بخلاف المطلقة حيث يكون تعيينه الى الزوج
لعدم الاستبداد بالسكنى ولو طلقها بائنا او سكنت منزل الزوج تجعل بينها وبينه سترة حتى لا تقع الخلوة بالاجنبية
واكتفي بالحائل لاعتراف الزوج بالحرمة وان كان فاسقا يخاف عليها منه او كان الموضع ضيقا لا يسعهما فلتخرج هي
والاولى خروجه لوجوب السكنى عليها فيه وان جعل القاضي امرأة ثقة تقدر على الحيلولة فحسن ولا يقال ان المرأة
على اصلكم لا تصلح ان تكون حائلة حتى قلتم لا يجوز للمرأة ان تسافر مع نسوة ثقات وقلتم بانضمام غيرها تزداد الفتنة
فكيف يصلح هنا لانا نقول تصلح ان تكون حيلولة في البلد لبقاء الاستحياء من العشيرة ولامكان الاستغاثة بجماعة
المسلمين وبالاولى الامة منهم بخلاف المفاوز في السفر قال رحمه الله بانت او مات عنها في سفر وبينها وبين مصرها
اقل من ثلاثة ايام رجعت اليه ولو ثلاثة رجعت او مضت ومعها ولي او لا وفي مصر تعتد ثم تخرج بمحرم اراد
بقوله رجعت ان ترجع الى مصرها ومراده فيما اذا كان بينها وبين مقصدها ثلاثة ايام واما اذا كان دونه

لتعتد في منزلها وذكر في الغاية معزيا الى المبسوط عليها ان ترجع الى منزلها لانها تصير مقيمة بالرجوع
وبالمضي تصير مسافرة وان كان احدهما مسيرة سفر والاخر دونه تعين الاقل سواء كانت في مصر او لا
وكان معها محرم او لم يكن لانه ليس فيه انشاء سفر والمعتدة يباح لها الخروج الى اقل من السفر للضرورة لان ما
يلحقها من الضرر في ذلك المكان اعظم من الضرورة في الخروج وان كان كل واحد منهما مسيرة سفر فان كانت
في غير مصر خيرت بين الرجوع والمضي للضرورة والرجوع اولى كما قلنا وان كانت في مصر فلا تخرج منه
عند ابي حنيفة رحمه الله سواء كان معها محرم او لم يكن وقالا ان كان معها محرم تخرج والا فلا لان نفس الخروج مرخص
لها للضرورة لان الغريب يؤذي ويلحقه الوحشة ولهذا كان لها الخروج الى اقل من السفر وان كانت في مصر
مع ان المعتدة ممنوعة منه حالة الاختيار فلم يبق الا حرمة السفر وتلك ترتفع بالمحرم وله ان تأثير العدة في
المنع من الخروج اقوى من تأثير عدم المحرم في منع السفر فالعدة اولى ان تمنع لانها اقوى في المنع وما دون السفر
انما رخص لها مع قيام العدة لكونه ليس بانشاء خروج بل هو بناء على الخروج الاول وانشاء الخروج والعدة
حرام مطلقا وهنا هي منشئة للخروج باعتبار انه سفر فيتناوله التحريم فلا يرتفع بالمحرم لان حرمة الخروج
على المعتدة لا ترتفع به وفي المفازة جاز للضرورة وهو خوف الهلاك وقد انعدم هنا فبقي على الاصل وعلى
هذا لو كان كل واحد منهما مسيرة سفر واختارت احدهما فمرت بمصر ليس للخروج منه عنده وعندهما
تخرج بمحرم واهل الكلأ اذا انتقلوا تنتقل المعتدة معهم ان كانت تتضرر بتركها في ذلك المكان والطلاق
الرجعي في هذا كالبائن فيما ذكرنا من الاحكام غير انه ليس لها ان تفارق زوجها مسيرة سفر لان
الزوجية قائمة بينهما والمبانة ترجع او تمضي مع من شاءت لارتفاع النكاح بينهما فصار اجنبيا

باب ثبوت النسب

قال رحمه الله ومن قال ان نكحتها فهي طالق فولدت لستة اشهر
منذ نكحها لزمه نسبه ومهرها اما النسب فلانها فراشه وهو متيقن لانها اذا ولدته لستة اشهر من وقت
التزوج فقد ولدته لاقل منها من وقت الطلاق فكان العلوق قبله في حال النكاح فان قيل فان كان متصورا
من الوجه الذي ذكرتم وهو مضي الزمان لكنه لا يتصور حقيقة لان الوطء في هذا العقد غير متمكن لوقوع الطلاق قبله
من غير مهلة فوجب ان لا يثبت نسبه منه كما لا يثبت من الصبي لعدم الماء حقيقة قلنا هذا هو القياس وهو قول زفر رحمه الله
وقول محمد الاول وفي الاستحسان يثبت وهو قول محمد الاخير لان النسب يحتال لاثباته وقد امكن ذلك بان يجعل كأنه
تزوجها وهو مخالط لها فوافق الانزال النكاح ثم وجد الطلاق بعد ذلك لانه حكمه وحكم الشيء يعقبه او يقارنه على ما قال
البعض فيكون العلوق مقارنا للزوال فيثبت له النسب لما ذكرنا انه يحتال لاثباته فصار كتزوج المغربي المشرقية و
بينهما مسيرة سنة فجاءت بولد لستة اشهر من يوم تزوجها للامكان العقلي وهو ان يصل اليها بخطوة كرامة من الله
بخلاف مسئلة الصبي فانه لا يتصور منه ان يخلق من مائه وليس له ماء فاختفى وشرطه ان تلد لستة اشهر

مهر بالوطء لانه سقط الحد لوجود التزوج قبل تمامه ومهر بالنكاح وفي النهاية عزا الى ابي يوسف انه تجب مهر ونصف
نصف المهر للطلاق قبل الدخول والمهر بالدخول وذكر في النهاية انه لا يكون به محصنا وعزاه الى المنتقى قال
ويثبت نسب ولد معتدة الرجعي وان ولدته لاكثر من سنتين ما لم تقر بمضي العدة وكانت رجعة في الاكثر منهما لا في الاقل
منهما اي من السنتين لان ثبوت النسب يعتمد التصور وهو متصور في الصور كلها ما لم تقر بانقضاء عدتها على ما
بين ثم ان جاءت به لاقل من ستة اشهر فلا اشكال في ثبوت نسبه لانه كان موجودا وقت الطلاق فكان من علوق قبله و
بانت بالوضع لانقضاء العدة وان جاءت به لاكثر من ستة اشهر ولاقل من سنتين فالحكم كذلك في ثبوت
النسب والبينونة لانه يحتمل ان يكون من حمل قبل الطلاق فحمل عليه فان قيل ينبغي ان يحمل على انه وطئ
بعد الطلاق لان الحوادث تحمل على اقرب اوقات الامكان وفيه اثبات الرجعة ايضا احتياطا فكان اولى
قلنا الحوادث انما تحمل على اقرب اوقاتها اذا لم يوجد المقتضي بخلاف ذلك واما اذا وجد فلا وههنا وجد
المقتضي لان الطلاق الرجعي يقتضي البينونة عند انقضاء العدة والقول بالرجعة ابطال له فلا يجوز
ولان فيه حمل امره على خلاف السنة وهو المراجعة بالفعل مع ما فيه من اثبات الرجعة بالشك وهو ايضا
لا يجوز فلا يصار اليه مع امكان غيره وان جاءت به لاكثر من سنتين ثبت نسبه منه وكانت رجعية لان
العلوق بعد الطلاق والظاهر انه منه فحمل عليه ولا يحمل على الزنا لامكان الحل ولانتفاء الزنا عن المسلم ظاهرا
ولا يقال انتفاء الزنا ممكن بغير هذه الجهة وهو ان تتزوج بزوج اخر بعد انقضاء عدتها فيكون الولد
منه لانا نقول الابقاء اسهل من الابتداء فكان اولى هذا كله اذا لم تقر بانقضاء العدة واما اذا اقرت
به في مدة تحتمله ذلك فهو كما قالت ما لم يكذبها الظاهر قال والبت لاقل منهما اي يثبت نسب ولد
معتدة الطلاق البت اذا جاءت به لاقل من سنتين لانه كان موجودا عند الطلاق او تحتمله فيحمل عليه احتياطا
لاثبات النسب على ما تقدم ولا يعتبر توهم غيره على ما بينا قال والا لا اي ان لم تات به لاقل منهما بل
اتت به لاكثر لم يثبت نسبه لان الحمل حادث بعد الطلاق فلا يكون منه لحرمة وطيها في العدة بخلاف الرجعي
وتنقضي به العدة عند ابي يوسف وعندهما يحمل على ان عدتها انقضت قبل الولادة بستة اشهر وتزوجت بغيره
وجاءت به منه فترد ما اخذت من النفقة منه في تلك المدة حملا لامرها على الصلاح واحياء للولد ولا يسمع اقرارها
لانه من الزنا في حق الولد لانه صدر محضا في حقه وابو يوسف يقول يحتمل انه هو الذي وطئها في العدة او غيره
بشبهة او بنكاح صحيح وسبب النفقة كان ثابتا بيقين فلا يرد بالشك وفيه نظر فان نسب الولد لم يثبت بيقين
فان قيل احتمل ان يكون وطيها اجنبي بشبهة فحبلت منه والمنكوحة اذا وطئت بشبهة فحبلت منه لا تجب لها النفقة
على الزوج حتى تضع حملها لكونها مشغولة بغيره فكيف تجب في العدة وهي ادنى حالا ولو ولدت ولدين توءمين احدهما
لاقل من سنتين والاخر لاكثر منها يثبت نسبهما منه عند ابي حنيفة وابي يوسف كالجارية اذا ولدت ولدين بعد بيعها

كذلك

كذلك او نقول يمكن ان يفترق بينهما بان البائع التزمه قصدا بالدعوة والزوج لم يدع حتى لو ادعى
الزوج الاول كان مثله قال الان يدعيه لانه التزمه وله وجه بان وطيها لشبهة وهي في العدة
مما ذكروه وفيه نظر لان المبتوتة بالثلاث اذا وطيها الزوج لشبهة كان شبهة في الفعل
وفيها لا يثبت النسب وان ادعاه نص عليه في كتاب الحدود فكيف اثبت به النسب هنا
وذكر في النهاية ان الزوج اذا ادعاه هل يشترط فيه تصديق المراة قال فيه روايتان وعزاه الى
شرح الطحاوي ثم المعتبر خروج الاكثر لاقل من سنتين وهو خروج القدر ان خرج
مستقيما وان كان منكوسا فسرته وهو المعتبر في انقضاء العدة وفي حق الارث اذا مات
قبل ان يخرج كله قال والمراهقة لاقل من تسعة اشهر والا لا يعني يثبت النسب ولد
المطلقة المراهقة اذا جاءت بولد لاقل من تسعة اشهر وان جاءت به لاكثر لا يثبت وهذا عند
ابي حنيفة ومحمد والرجعي والبائن فيه سواء وقال ابو يوسف يثبت منه النسب الى سنتين
ان كان بائنا وان كان رجعيا يثبت منه الى سبعة وعشرين شهرا وبعده لا يثبت لان
الحبل من المراهقة موهوم وشرط انقضاء عدتها بمضي الاشهر ان لا تكون حاملا وهو لا
يعلم الا من جهتها فما لم تقر بانقضاء عدتها احتمل ان تكون حاملا بعلوق في العدة وهذا القدر
من التصور كاف لثبوت النسب فيحمل عليه ولهما انا تيقنا بصغرها فلا يزول بالشك و
هو مناف للحمل ولانقضاء عدتها جهة متعينة وهو مضي الاشهر فبمضيها يحكم الشرع
بالانقضاء فصار كما لو اقرت بذلك بل فوقه لانه لا يحتمل الخلاف والاقرار يحتمله و
لا يرد على هذا المتوفى عنها زوجها حيث يثبت نسب ولدها اذا جاءت به لاقل من سنتين
وان كان لانقضاء عدتها جهة اخرى وهي مضي الاشهر لانا نقول لانقضاء عدتها
جهتان الاشهر ووضع الحمل والجهتان متساويتان فيها فلا تعين احدهما عند الموت
دون الاخرى بخلاف الصغيرة لان الاشهر متعينة فيها اذ الاصل عدم الحبل منها
ولا يقال الاصل في الكبيرة ايضا عدم الحبل لانا نقول ذلك في غير المنكوحة واما في
المنكوحة فلا لانه ما يعقد الا للحبل هذا اذا لم تقر بالحبل ولا بانقضاء العدة وان
اقرت بالحبل فهو اقرار منها بالبلوغ فيقبل قولها فصارت كالكبيرة في حق ثبوت
النسب وان اقرت بانقضاء العدة بعد ثلاثة اشهر ثم جاءت بولد لاقل من ستة اشهر
من وقت الاقرار ولاقل من تسعة اشهر من وقت الطلاق يثبت نسبه لظهور كذبها
بيقين والا لم يثبت لان الجهة وهو الاعتداد بالاشهر قد تعينت بدون الاقرار

الا لاحبالها صح

بل لو كانت من ذوات الاقراء و لا كذلك الصغيرة و لهذا لم تستانف العدة اذا حاضت بعد انقضائها
و الآيسة تستانف قال والموت لا اقل منهما اي و يثبت نسب ولد المعتدة الموت اذا جاءت به
لاقل من سنتين من وقت الموت و قال زفر رحمه الله اذا ولدته لتمام عشرة اشهر و عشرة ايام من حين
مات لا يثبت النسب لما ذكرنا في الصغيرة من تعيين عدتها بالاشهر و نحن قد ذكرنا الفرق هناك بينهما
و الصغيرة اذا توفي عنها زوجها فان اقرت بالحبل فهي كالكبيرة فيثبت نسبه الى سنتين لان القول قولها
في ذلك وان اقرت بانقضاء عدتها بعد اربعة اشهر و عشر ايام ولدت لستة اشهر فصاعدا لم يثبت النسب
منه وان لم تدع الحبل و لم تقر بانقضاء العدة فعند ابي حنيفة و محمد ان ولدت لاقل من عشرة اشهر و عشرة
ايام يثبت النسب منه و الا لم يثبت و عند ابي يوسف يثبت الى سنتين و العجب ما بينا في المعتدة الصغيرة من الطلاق
و الآيسة اذا طلقها زوجها باينا او رجعيا و لم تقر بانقضاء عدتها حتى ولدت كان الجواب فيها من ذوات
الاقراء ... الا انها لما ولدت بطل اياسها و ان اقرت بانقضاء عدتها بالاشهر فكذلك الجواب حتى يثبت
نسبه الى سنتين ان كان الطلاق باينا و الي ما لا نهاية له في الرجعي لانها لما ولدت بطل اعتدادها بالاشهر
لانه ظهر انها لم تكن آيسة فصار كانها لم تقر بانقضاء عدتها و ان اقرت بانقضاء عدتها مطلقا غير مفسر
بالاشهر في مدة يتصور ان يكون فيها ثلاثة اقراء ثم ولدت لستة اشهر من وقت الاقرار لم يثبت نسبه و يحمل
اقرارها على انقضاء العدة بالاقراء لانه هو الاصل و يجعل كانها تزوجت بزوج آخر فحبلت منه فلا يبطل اقرارها
الا اذا ولدته لاقل من ستة اشهر من وقت الاقرار فيبطل لظهور كذبها بيقين و ان كانت معتدة عن وفاة فالآيسة
فيها كالتي من ذوات الاقراء سواء لان العدة في الوفاة تكون بالاشهر في حق كل واحدة منهما اذا لم تكن حاملا
قال والمقرة بمضيها لاقل من ستة اشهر من وقت الاقرار اي يثبت نسب ولد المقرة بانقضاء العدة
اذا جاءت به لاقل من ستة اشهر من وقت الاقرار لظهور كذبها بيقين هذا اذا جاءت به لاقل من سنتين
من وقت الفراق كما اذا اقرت بعد ما مضى من عدتها سنتان الا شهرين ثم جاءت بولد بعد ثلاثة اشهر
من وقت الاقرار لم يثبت نسبه منه لان شرط ثبوته ان يكون لاقل من سنتين من وقت الفراق بالموت
او الطلاق و بعده لا يثبت و ان لم تقر بالانقضاء مع الاقرار اولي الا اذا كان الطلاق رجعيا
فحينئذ يثبت و يكون مراجعا على ما بينا من قبل بعد غير اشكال و هو ما اذا اقرت بانقضاء عدتها
ثم جاءت بولد لاقل من ستة اشهر من وقت الاقرار و لاقل من سنتين من وقت الفراق ينبغي ان لا
يثبت نسبه اذا كانت المدة تحتمل ذلك بان اقرت بعد ما مضى سنة مثلا ثم جاءت بولد لاقل من ستة اشهر
من وقت الاقرار لانه يحتمل ان عدتها انقضت في شهرين او ثلاثة اشهر ثم اقرت بعد ذلك بزمان
طويل و لا يلزم من اقرارها بانقضاء العدة ان تنقضي في ذلك الوقت فلم يظهر كذبها بيقين الا اذا

فيه اقرارها و لنا انها امينة في الاخبار عما في رحمها و قد اخبرت بمضي عدتها و هو ممكن فوجب
قبول خبرها حملا لكلامها على الصحة و لا يلزم من قطعه عنها ان يكون من الزنا لانه يحتمل انها تزوجت
بغيره فحبلت منه فحمل عليه عند الامكان مع انا نقول لنجيزنا ابطال حق الغير بقول الامين اذا لم يكن مكذبا شرعا
الا ترى انها تصدق في انقضاء العدة بالاقراء و ان تضمن ذلك ابطال حق الزوج في الرجعة قال و المعتدة
ان جحدت ولادتها بشهادة رجلين او رجل و امراتين او حبل ظاهر او اقرار به او تصديق الورثة
اي يثبت نسب ولد المعتدة ان جحدت ولادتها بشهادة رجلين الى آخره و لا فرق في ذلك بين المعتدة
في طلاق رجعي او باين او وفاة و قال ابو يوسف و محمد يثبت نسبه بشهادة امراة واحدة قابلة لان الفراش
قايم لقيام العدة اذ معنى الفراش ان تتعين المراة للولادة لشخص واحد و المعتدة بهذه الصفة و الفراش
يلزم النسب و الحاجة بعد ذلك الى اثبات الولادة و تعيين الولد و ذلك يثبت بالقابلة كما في حال قيام النكاح اي
الحبل الظاهر او اقرار الزوج بالحبل و لابي حنيفة رحمه الله ان العدة تنقضي باقرارها بوضع الحمل فزال الفراش
و المنقضي لا يكون حجة فمست الحاجة الى اثبات النسب ابتداء فيشترط فيه كمال الحجة بخلاف ما اذا كان الحبل ظاهرا او
اعتراف من جهته او حال قيام النكاح لان النسب يثبت قبل الولادة بالفراش و الحاجة الى تعيين الولد و هو يثبت
بشهادة القابلة و قوله و المعتدة ان جحدت ولادتها تدخل جميع انواع المعتدات و في الرجعي اذا جاءت بولد لاكثر
من سنتين اشكال لان الفراش ليس بمنقض في حقها لانه تكون مراجعة لكون العلوق في العدة على ما بينا فينبغي
ان يثبت نسب ولدها بشهادة القابلة من غير زيادة شيء آخر كما في المنكوحة و في المبسوط قيده بقيد يفيد لعدم
ثبوته بدون شهادة رجلين ان يكون الطلاق باينا و ان يكون الزوج منكرا للولادة فالظاهر انه اتفاقي لا على
سبيل الشرط لان ظهور الحبل كاقراره و لا فرق بين الباين و الرجعي عند انقضاء العدة بوضعه و ذكر في الغاية
انه لا يحتاج لثبوت النسب الى شهادة القابلة عند اعترافه بالحبل و عند ظهور الحبل و عند قيام الفراش و انكر
صاحب ملتقى البحار في اشتراطه شهادة القابلة لتعيين الولد عند ابي حنيفة و هو سهو فان شهادة القابلة لا بد
منه لتعيين الولد اجماعا في الصور الثلاث و عندهما لا يثبت الا بشهادة القابلة و اما الولد فلا يثبت بالاجماع
الا بشهادة القابلة لاحتمال ان يكون هو غير هذا المعين و ثمرة الخلاف لا تظهر الا في حكم آخر كالطلاق و العتاق
بان علقهما بولادتها يقع عند ابي حنيفة بقولها ولدت لانها امينة لاعترافه بالحبل او لظهوره فيقبل قولها
و عندهما لا يقع شيء حتى تشهد قابلة نص عليه في الايضاح و النهاية و غيرهما و الظاهر ان صاحب الغاية اخذه
من الهداية من قوله الا ان يكون حبل ظاهر او اعتراف من الزوج فيثبت النسب من غير شهادة و ليس معناه كما
ذكره هو و انما معناه يثبت بغير شهادة في رجلين الا ترى الى ما ذكره في هذه المسئلة بعينه هذه الكلمة من قوله
لان النسب ثابت قبل الولادة و التعيين يثبت بشهادتها اي بشهادة القابلة و لو لا هذا التاويل لكان متناقضا فاصله

وهذا الثبوت في حق الارث ظاهر لانه خالص حقهم ويثبت في حق غيرهم ايضاً استحساناً وان
كان القياس يأباه لما فيه من حمل النسب على غيره وهو الميت وجه الاستحسان انهم قايمون مقام
الميت فيقبل قولهم وهذا الارث ثبوت نسبه باعتبار فراشه في الحقيقة وهو باق بعد موته
لبقاء العدة فيقبل قولهم ويثبت في حق غيرهم ايضا اذا كانوا من اهل الشهادة بان كان فيهم
رجلان عدلان او رجل وامراتان عدول فتشارك المصدقون والمكذبون جميعاً ويشترط
لفظ الشهادة في مجلس الحكم عند بعضهم لانه لا يثبت في حق الكل الا به والصحيح انه لا يشترط لفظ الشهادة
ولهذا اشترط التصديق في المختصر دون لفظ الشهادة وهذا لان الثبوت في حق غيرهم تبعاً للثبوت في
حقهم والتابع يراعى فيه شرايط المتبوع لا شرايط نفسه على ما عرف في موضعه قال والمنكوحة لستة
اشهر فصاعداً وان سكت او ان جحد فبشهادة امراة على الولادة اي يثبت بشهادة القابلة على الولادة
لان الفراش قايم والمدة تامة فوجب القول بثبوته اعترف به او سكت او انكر حتى لو نفاه لا ينتفي به
الا باللعان لانه ولد المنكوحة ولا يقال كيف يجب اللعان بنفي نسب ولد ثبت بشهادة المراة وهو حد على
ما عرف في موضعه لانا نقول النسب لم يثبت بشهادة النساء وانما ثبت بها تعيين الولد ثم يثبت النسب بعد
ذلك بالفراش ضرورة كونه مولوداً في فراشه ثم نفيه يوجب اللعان كما لو افطر في رمضان وثبت بشهادة
الواحد فانه تجب عليه الكفارة ضرورة ثبوت الرمضانية وان كان قول الواحد لا يقبل في حق هذه الكفارة
لانها كالحدود حتى تسقط بالشبهات وان جاءت به لاقل من ستة اشهر من يوم تزوجها لم يثبت نسبه لان العلوق
سابق النكاح فلا يكون منه ويفسد النكاح لاحتمال انه من زوج آخر بنكاح صحيح او بشبهة وكذا لو اسقطت لاقل
من اربعة اشهر اذا كان قد استبان خلقه لانه لا يستبين الا في مائة وعشرين يوماً قال فان ولدت ثم اختلفا
فقالت نكحتني منذ ستة اشهر وادعى الاقل فالقول لها وهو ابنه لان الظاهر يشهد لها فانها تلد ظاهراً
من نكاح لا من سفاح فان قيل الظاهر ايضا يشهد له لان الحوادث تضاف الى اقرب الاوقات والنكاح حادث قلنا
النسب مما يحتال لاثباته احتياطاً احياء للولد الا ترى انه يثبت بالايماء مع القدرة على المنطق وساير التصرفات
لا يثبت به فوجب ان تستحلف عندهما خلافاً لابي حنيفة لان الاختلاف في النسب والنكاح وهي من الستة المختلف فيها
وموضعها الدعاوى قال ولو علق طلاقها بولادتها وشهدت امراة على الولادة لم تطلق عند ابي حنيفة وقالا
تطلق لان شهادتها حجة فيما لا يطلع عليه الرجال لقوله عليه الصلاة والسلام شهادة النساء جايزة فيما لا يستطيع
النظر اليه الا ترى انها تقبل على الولادة فكذا ما يبتني عليها وهو الطلاق وله انها ادعت الحنث فلا يثبت الا بحجة تامة
لان قبول شهادة النساء في الولادة ضرورية فلا تظهر في حق الطلاق لانه ليس من ضرورات الولادة اذ
الطلاق ينفك عن الولادة في الجملة وان صار من لوازمه هنا باتفاق الحال كمن اشترى لحماً فاخبره عدل

ولان الاقرار بالحبل اقرار بما يفضي اليه وهو الولادة ولانه اقر بكونها موتمنة فيقبل قولها في رد الامانة
وعلى هذا الخلاف لو كان الحبل ظاهراً اما عندهما فظاهر لانها مدعية فلا بد من اقامة البينة واما عنده فلان
الطلاق معلق بامر كاين لا محالة فيقبل قولها فيه ذكره في النهاية وغيره قال واكثر مدة الحمل سنتان
وقال الشافعي اربع سنين وهو المشهور من مذهب مالك وابن حنبل وقال ربيعة سبع سنين وقال الليث بن
سعد ثلاث سنين وقال عباد بن العوام خمس سنين وعن الزهري ستة سنين وقال ابو عبيدة ليس لاقصاه
وقت يتوقف عليه وتعلقوا في ذلك بحكايات الناس وهي ما روي ان الضحاك بقي في بطن امه اربع سنين فولدته
امه وقد نبتت ثناياه وهو يضحك فسمي به لذلك وقال مالك حين بلغه حديث عايشة منكراً عليها هذه جارتنا
امراة محمد بن عجلان تحمل اربع سنين وابن عجلان بنفسه بقي في بطن امه اربع سنين ذكره الشافعي وعن ابن
عجلان ان امراة وضعت مرة لاربع سنين ومرة لسبع سنين ولنا قول عايشة رضي الله عنها لا يبقى الولد
في بطن امه اكثر من سنتين ولو بظل مغزل وهو محمول على السماع لانه لا يدرك بالراي ولان احكام الشرع تبتني
على الاعم الاغلب وما زاد على ذلك في غاية الندرة فلا يتعلق بها الاحكام والحكايات التي ذكروها غير ثابتة
وهي بنفسها متعارضة وليست بحجة شرعية في نفسها فكيف يحتج بها على ثبوت النسب او نفيه فظل المغزل مثل
لقلته لان ظله حال الدوران اسرع زوالاً من ساير الظلال وهو على حذف المضاف تقديره
ولو بقدر ظل المغزل ويروى ولو بفلكة مغزل اي ولو بقدر دوران فلكة مغزل قال
واقلها ستة اشهر لما روي ان عمر رضي الله عنه هم بان يرجم امراة جاءت بولد لستة اشهر
من وقت التزوج فقال له علي لا سبيل لك عليها قال الله تعالى وحمله وفصاله ثلثون شهراً وقال
تعالى وفصاله في عامين فبقي للحمل ستة اشهر ويروى مثله عن ابن عباس مع عثمان رضي الله عنه
وعليه اجماع المسلمين قال فلو نكح امة فطلقها فاشتراها فولدت لاقل من ستة اشهر
منه اي من وقت الشراء لزمه والا اي وان ولدت لاكثر من ستة اشهر لا يلزمه لانه لما طلقها
وجب عليها العدة ثم بالشراء لم تبطل العدة في حق غيره وان بطلت بالنسبة اليه لحلها له بملك اليمين فاذا
جاءت بولد بعد ذلك فان جاءت به لاقل من ستة اشهر فهو ولد المعتدة لتقدم العلوق على الشراء فيلزمه
سواء اقر به او نفاه وان كان لاكثر من ستة اشهر لم يلزمه لانه ولد المملوكة لتاخر العلوق عن
الشراء فلا يلزمه الا بالدعوة وهذا اذا كان بعد الدخول ولا فرق في ذلك بين ان يكون الطلاق باينا
او رجعيا وان كان قبل الدخول فان جاءت به لاكثر من ستة اشهر من وقت الطلاق لا يلزمه لما
قلنا وان كان لاقل منه لزمه اذا ولدته لتمام ستة اشهر من وقت التزوج والاقل منه من وقت الطلاق
لان العلوق حدث في قيام النكاح وان كان لاقل لا يلزمه لان العلوق سابق على التزوج وكذا اذا اشترى

ان رجلا قال لامرأتيه بعد الدخول بهما احداكما طالق فولدت لاكثر من ستة اشهر من وقت الايجاب
ولاقل من سنتين منه فالايجاب على ابهامه ولا تتعين هذه للطلاق ولو اضيف الى اقرب الاوقات لتعينت
وكذا لو قال لامرأته ان حبلت فانت طالق فولدت لاقل من سنتين من وقت التعليق لم تطلق وكذا لو
جاءت المطلقة رجعيا بولد لاقل لم يكن مراجعا لان الحوادث انما تضاف لاقرب الاوقات اذا لم تتضمن ابطال
ما كان ثابتا بالدليل او ترك العمل بالمقتضي وفي هذه المسائل ذلك فلا يصار اليه لان في الاولى ازالة
ملك النكاح وكذا في الثانية وفي الثالثة ترك العمل بما اوجبه الطلاق وهو بينونة عند انقضاء العدة وهذا
اذا كان الطلاق واحدا اما اذا كان ثنتين يثبت نسب ما ولدته الى سنتين لان الامة تحرم بالطلقتين
حرمة غليظة فلا يمكن اضافة العلوق الى ما بعد الشراء فلا يضاف الى اقرب الاوقات لعدم الامكان بل
الى ما بعدها حملا لامرها على الصلاح ولا يقال ينبغي ان تزول هذه الحرمة بملك اليمين لقوله تعالى او ما
ملكت ايمانكم لانا نقول قوله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره يوجب الحرمة فتعارضنا
فكانت الحرمة اولى ولهذا قلنا اذا ملك اخته من الرضاع لا تحل له ترجيحا لقوله تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم
على المبيح **قال** ومن قال لامته ان كان في بطنك ولد فهو مني فشهدت امرأة بالولادة فهي ام ولده
لانه يثبت بدعوته والولادة لا تثبت الا بشهادة القابلة هذا اذا ولدته لاقل من ستة اشهر من وقت التعليق
لما قال ذلك لتيقننا بوجوده في ذلك الوقت فان ولدته لاكثر منه لا يلزمه لاحتمال العلوق بعده
قال ومن قال لغلام هو ابني ومات فقالت امه انا امرأته وهو ابنه يعني بعد موته يرثانه والقياس
ان لا يكون لها الارث لان النسب يكون بالنكاح الفاسد وبالوطء بشبهة وبامومية الولد فلا يكون الا
قد [illegible] وجه الاستحسان ان المسألة مفروضة فيما اذا كانت معروفة بالحرية
والاسلام وبكونها ام الغلام والنكاح الصحيح هو المتعين الموضوع للنسب عند اقراره بالبنوة فحمل على ما لم
يظهر خلاف ذلك كما يحمل عليه عند نفيه عن ابيه المعروف في حق من وجب على النافي الحد او اللعان ولم يعتبر احتمال
لحاقه بعين النكاح الفاسد ولا الوطء بالشبهة ولا يقال ان النكاح ثبت بمقتضى ثبوت النسب فيتقدر بقدر
الحاجة لانا نقول النكاح غير متنوع الى نكاح موجب للارث والنسب والى غير موجب لهما فاذا تعين النكاح الصحيح
لزم بلوازمه **قال** فان جهلت حريتها فقال وارثه انت ام ولد ابي فلا ميراث لها لان الحرية الثابتة بظاهر
الحال تصلح لدفع الرق ولا تصلح لاستحقاق الارث كاستصحاب الحال وعلى هذا لو قال الوارث انها كانت نصرانية
وقت موت ابي ولم يعلم اسلامها فيه او قال كانت زوجة له وهي امة ينبغي ان لا ترث لما قلنا وقالوا لها مهر المثل
في مسألة الكتاب لان الوارث اقر بالدخول عليها ولم يثبت كونها ام ولد والله تعالى اعلم

قال باب الحضانة

احق بالولد امه قبل الفرقة وبعدها وفي الكافي الا ان تكون مرتدة

[illegible] ان امرأة قالت يا رسول الله ان ابني هذا كان بطني له وعاء وثديي له سقاء وحجري له حواء وزعم ابوه انه ينتزعه مني فقال النبي صلى الله عليه وسلم [illegible]

انت احق به ما لم تنكحي ولان الصغار لما عجزوا عن مصالحهم جعل الشرع ولايتها الى غيرهم فجعل الولاية
التصرف في النفس والمال الى الآباء لانهم اقوى رأيا مع الشفقة الكاملة واوجب النفقة عليهم لكونهم
اقدر عليها وجعل الحضانة للامهات لانهن اشفق وارفق واقدر واصبر على تحمل المشاق بسبب
الولد على طول الاعصار وافرغ للقيام بخدمته فكان في تفويض الحضانة اليهن وغيرها من المصالح الى الآباء
زيادة منفعة على الصغير فكان حسنا وانظر للصغير فيكون مشروعا ولهذا قال ابو بكر لعمر حين فارق
امرأته ريحها ومسها وصحبها وريقها خير له من الشهد عندك ولم ينكر عليه احد فكان اجماعا ثم لا تجبر
الام على الحضانة في الصحيح لاحتمال عجزها وهذا لان شفقتها حاملة على الحضانة ولا تصبر عنه غالبا الا عن
عجز فلا معنى للايجاب لوجود الحمل بدونه فلا تجبر عليه وقال في النهاية الا ان يكون للولد ذو رحم محرم غير الام
فحينئذ تجبر على حضانته كيلا يضيع بخلاف الاب حيث يجبر على اخذه اذا امتنع بعد الاستغناء عن الام لان نفقته
واجبة عليه ثم ام الام اي اذا لم يكن له ام بان ماتت او تزوجت فام الام احق لما روى ابو بكر بن ابي شيبة
في مصنفه ان عمر بن الخطاب طلق جميلة بنت عاصم فتزوجت فاخذ عمر ابنه عاصما فادركته ام جميلة فاخذته
فترافعا الى ابي بكر الصديق رضي الله عنه وهما متشاحنان فقال لعمر خل بينها وبين ابنها فاخذته ولان هذه
الولاية تستفاد من قبل الام فكانت التي هي من قبلها اولى وان بعدت **قال** ثم ام الاب وان علت و
قال زفر الاخت لاب وام او لام والخالة احق من ام الاب لانها تدلي بقرابة الاب وهن يدلين
بقرابة الام فكن احق لان الحضانة تستحق باعتبار قرابة الام ونحن نقول هذه ام لان لها قرابة الولادة
وهي اشفق فكانت اولى كالتي من جهة الام ولهذا تحرز ميراث الام كما تحرز تلك **قال** ثم الاخت لاب
وام ثم لام ثم لاب لانهن بنات الابوين فكن اولى من بنات الاجداد فتقدم ولهذا الاخت لابوين ثم
الاخت لام وعند زفر كما يشتركان لاستوائهما فيما يعتبر وهو الادلاء بالام وجهة الاب لا مدخل له
فيه ونحن نقول يصلح للترجيح وان كان قرابة الاب لا مدخل لها فيه ثم الاخت لاب وفي رواية تقدم الخالة
عليها لقوله عليه الصلاة والسلام الخالة والدة وقيل في قوله تعالى ورفع ابويه على العرش انها كانت خالته
ولانها تدلي بالام وتلك بالاب فكانت اولى اعتبارا للمدلي به وبنات الاخت لاب وام او لام اولى من الخالات
واختلفت الروايات في بنات الاخت لاب والصحيح ان الخالة اولى منهن وبنات الاخت اولى من بنات الاخ
لان الاخت لها حق في الحضانة دون الاخ فكان المدلي بها اولى واذا اجتمع في الدرجة من له حق في الحضانة
فيقدم اورعهم ثم اكبرهم **قال رحمه الله** ثم الخالات كذلك لان قرابة الام ارجح في هذا الباب وقوله كذلك اي ينزلن
مثل ما نزلت الاخوات ومعناه من كانت لاب وام اولى ثم لام ثم لاب لان من كانت له اتصال من الجانبين فهو
اشفق والخالة اولى من بنت الاخ لانها تدلي بالام وتلك بالاخ **قال** ثم العمات كذلك يعني كما ذكرنا من

اهل الارث وتستحق بنات الاخ اولى من العمات ولا حق لبنات العم والخالات في الحضانة لانهن غير محرم [illegible] ومن كن عن غيره سقط حقها الا من تزوج منهن [illegible] الحضانة بغير محرم للصغير فتسقط [illegible] لان زوج الام [illegible] اليه [illegible] في الدفع اليه [illegible] ما اذا كان الزوج ذا رحم محرم للصغير

كالجدة اذا كان زوجها الجد او الام اذا كان زوجها عم الصغير او الخالة اذا كان زوجها عمه او اخاه من
ابيه او عمته اذا كان زوجها خاله او اخاه من امه لا يسقط حقها لانتفاء الضرر عن الصغير **قال** ثم
يعود بالفرقة اي يعود حق الحضانة بالفرقة بعد ما سقط بالتزويج لزوال المانع كالناشزة تسقط نفقتها
ثم اذا عادت الى منزل الزوج تجب وكذا الولاية تسقط بالجنون والارتداد ثم اذا زال ذلك عادت الولاية ثم اذا كان
الطلاق رجعيا لا يعود حقها حتى تنقضي عدتها لقيام الزوجية **قال** ثم العصبات بترتيبهم اي اذا لم يكن للصغير
امراة تكون الحضانة للعصبات على ترتيبهم في الارث على ما عرف في موضعه يقدم الاقرب فالاقرب لان الو
لاية له غير ان الصغيرة لا تدفع لغير المحرم من الاقارب كابن العم ولا الى الام التي ليست بمامونة ولا للعصبة
الفاسق ولا الى مولى العتاقة تحرزا عن الفتنة بخلاف الغلام واذا لم يكن للصغير عصبة يدفع الى ذوي الارحام
عند ابي حنيفة كالاخ من ام وعم من ام وخال ونحوهم لان لهم ولاية الانكاح عنده فكذا الحضانة **قال**
والام والجدة احق به اي بالغلام حتى يستغني وقدر بسبع سنين وقال القدوري حتى ياكل وحده ويشرب
وحده ويستنجي وحده وفي الجامع الصغير حتى يستغني والمعنى واحد وقدره الخصاف بسبع سنين اعتبارا للغالب
وهو قريب من الاول بل عينه لانه اذا بلغ سبع سنين يستنجي وحده الا ترى الى ما يروى عنه عليه الصلاة والسلام
انه قال مروا صبيانكم بالصلاة اذا بلغوا سبعا والامر بالصلاة لا يكون الا بعد القدرة على الطهارة و
قدره ابو بكر الرازي بتسع سنين لانه لا يستغني حتى يتم ذلك عادة والفتوى على قول الخصاف والمراد بالاستنجاء
تمامه وهو تمام الطهارة وهو ان يتطهر بالماء من غير ان يعينه احد وقيل مجرد الاستنجاء وهو ان يطهر
نفسه عن النجاسات وان كان لا يقدر على تمام الطهارة وانما كان للاب ان ياخذه اذا بلغ هذا الحد لانه يحتاج
الى التاديب والتخلق باخلاق الرجال وادابهم والاب اقدر على التاديب والتثقيف وان اختلفا في سنه
فقال الاب ابن سبع سنين وقالت هي ابن ست سنين فان استغنى بان ياكل ويشرب ويستنجي وحده دفع
اليه والا فلا وان اختلفا في تزوجها فالقول لها وان اختلفا في الطلاق بعد التزوج فان كان الزوج غير معين
فالقول قولها والا فلا **قال** وبها حتى تحيض اي الام والجدة احق بالجارية حتى تحيض لانها بعد
الاستغناء تحتاج الى معرفة اداب النساء في الغزل والنسج والطبخ والغسل والام اقدر على ذلك فاذا بلغت
تحتاج الى التزويج والصيانة والى الاب ولاية التزويج وهو اقدر على الصيانة وهذا لانها صارت عرضة
للفتنة ومطمعا للرجال وبالرجال من الغيرة ما ليس بالنساء فالاب اقدر على دفع خداع الفسقة و
احتيالهم فكان اولى وفي نوادر هشام عن محمد اذا بلغت حد الشهوة فالاب احق وهذا صحيح لما ذكرنا
من الحاجة الى الصيانة وبه يفتى في زماننا لكثرة الفساد واذا بلغت احدى عشرة سنة فقد بلغت حد الشهوة
في قولهم وقدره ابو الليث بتسع سنين وعليه الفتوى **قال** وغيرهما احق بها حتى تشتهي اي غير الام

بخلاف الام

بخلاف الام والجدة لقدرتهما على ذلك شرعا فيحصل المقصود وفي الكافي اذا خلع الرجل امراته وله منها بنت
احدى عشرة سنة فضمتها اليها وتخرج من بيتها في كل وقت وتترك البنت ضايعة فله اخذها **قال**
ولا حق للامة وام الولد ما لم يعتقها لعجزهما عن الحضانة بالاشتغال بخدمة المولى ولان حق الحضانة
نوع ولاية ولا ولاية لهما على انفسهما فلا يكون لهما الولاية على غيرهما فتكون الحضانة لمولاه ان كان الصغير
في الرق ولا يفرق بينه وبين امه ان كانا في ملكه على ما يذكر في البيوع ان شاء الله تعالى وان كان حرا فالحضانة
لاقربائه الاحرار على ما قدمنا وان عتقا كان لهما حق الحضانة في اولادهما الاحرار لانهما واولادهما احرار
وان ثبوت الحق والمدبرة كالقنة لوجود الرق فيهما والمكاتبة احق بولدها المولود في الكتابة لانه يصير
داخلا في كتابتها تبعا لها بخلاف المولود قبل الكتابة **قال** والذمية احق بولدها المسلم ما لم
يعقل الاديان لان الحضانة تبنى على الشفقة وهي اشفق عليه فيكون الدفع اليها انظر له ما لم يعقل الاديان
فاذا عقل ينتزع منها لاحتمال الضرر ولا حق للمرتدة في الحضانة لانها تحبس وتضرب فلا تتفرغ له ولا
في دفعه اليها نظر له **قال** ولا خيار للولد عندنا وبه قال مالك والشافعي انه يخير وعند احمد اذا
بلغ سبع سنين يخير الغلام وتسلم الجارية الى الاب من غير تخيير لما روى ابو هريرة رضي الله عنه
ان امراة جاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت ان زوجي يريد ان يذهب بابني وقد سقاني
من بير ابي عنبة وقد نفعني فقال صلى الله عليه وسلم استهما عليه فقال زوجها من يحاقني في ولدي
فقال عليه الصلاة والسلام هذا ابوك وهذه امك فخذ بيد ايهما شئت فاخذ بيد امه فانطلقت
به رواه الترمذي وصححه وهذا نص على التخيير غير ان احمد يقول هو نص على التخيير في الغلام ولا نقاس
الجارية عليه لانها تحتاج الى الحفظ والتزويج دون الغلام **ولنا** انه صغير غير رشيد ولا عارف بمصلحته
فلا يعتمد اختياره كسائر تصرفاته ولانه لقصور عقله يختار من عنده الراحة والتخلية فلا يتحقق النظر
فيه وقد صح ان الصحابة لم يخيروا ولا حجة لهم في الحديث لانه لم يذكر فيه الفطام فالظاهر انها كانت
في حضانة الام الا ترى الى قولها ان زوجي يريد ولولا انها في حضانتها لما قالت ذلك ويحتمل انه كان بالغا بل هو الظاهر
لانها قالت وقد سقاني من بير ابي عنبة على انه يخير في السبع لانه ليس في الحديث ذكره عمره او لانه وفق
ببركة دعائه عليه الصلاة والسلام اسدها او بالاستهام وهو متروك اجماعا كترك التخيير ومن العجب انهم
لا يعتبرون ايمانهم وهو اختيار لدينه وهو نفع له ثم يعتبرون اختياره احد الابوين وهو ضرر
عليه وهذا اخلف ثم الغلام اذا بلغ رشيدا فله ان ينفرد بالسكنى وليس لابيه ان يضمه الى نفسه بغير
اختياره الا ان يكون مفسدا مخوفا عليه حينئذ له ان يضمه الى نفسه اعتبارا لنفسه بماله فانه
اذا بلغ رشيدا فله ان ينفرد بالسكنى لا يبقى للاب يد في ماله فكذا في نفسه واذا بلغ

واما الثيب فان كانت مامونة لا يخاف عليها الفتنة فليس له ان يضمها الى نفسه لانها اختبرت الرجال
وعرفت كيدهم فامن عليها من الخداع وقد زالت ولايته بالبلوغ فلا حاجة الى ضمه وان كان مخوفا عليها
فله ان يضمها اليه لما ذكرنا في حق الغلام والجد بمنزلة الاب فيه وان لم يكن لها اب ولا جد وكان لها
اخ وعم فله ان يضمها اليه اذا لم يكن مفسدا وان كان مفسدا فلا يمكن ذلك وكذا الحكم في كل عصبة
ذا رحم محرم منها وكذلك البكر اذا طعنت في السن فان كان لها عقل ورأي ويؤمن عليها من الفساد
فليس للاب والجد ان يضمها اليه وان خيف عليها ذلك فللاخ والعم ونحوهما من العصبة ان يضمها اليه
ان لم يكن مفسدا وان لم يكن لها اب ولا جد ولا غيرهما من العصبة او كان لها عصبة مفسد فللقاضي
ان ينظر في حالها فان كانت مامونة خلاها تنفرد بالسكنى سواء كانت بكرا او ثيبا والا وضعها عند
امراة امينة ثقة تقدر على الحفظ لان القاضي جعل ناظرا للمسلمين قال رحمه الله ولا تسافر مطلقة بولدها
لما فيه من الاضرار بالولد قال الا الى وطنها وقد نكحها ثمة لانه التزم المقام فيه شرعا وعرفا
قال عليه الصلاة والسلام من تاهل ببلدة فهو منهم ولهذا تصير الحربية ذمية والمسافر مقيما
على ما ذكره خواهر زاده وذكر في القنية انه لا يكون مقيما وشرط في المختصر لجواز النقل شرطين احدهما
ان يكون وطنا لها والثاني ان يكون التزوج واقعا فيه حتى لو وقع التزوج في بلد وليس بوطن لها ليس لها
ان تنتقل اليه ولا الى وطنها لعدم الامرين في كل واحد منهما وهو رواية كتاب الطلاق من الاصل وفي الجامع
الصغير ان لها النقل الى مكان العقد لان العقد متى وقع في مكان يوجب احكامه فيه كما يوجب البيع التسليم
في مكانه ومن جملته حق امساك الاولاد والاول هو الاصح لان التزوج في دار الغربة ليس التزاما
فيها عرفا فلا يكون لها النقل اليه كما لا يكون لها النقل الى وطنها اذا لم يقع التزوج فيها فحاصله انه متى
وجد الامران في مكان جاز لها النقل اليه كيف ما كان الا ان يكون دار الحرب فليس لها ان تنقله اليها لما فيه
من الاضرار بالولد والولد المسلم او الذمي وعن ابي يوسف انه اعتبر موضع الولادة لا غير حتى كان لها النقل
الى موضع ولدت فيه الصغير وان كان وطنا لها ووجد التزوج فيه رواه الطحاوي عنه رحمه الله هذا اذا كان بين
الموضعين تفاوت وان تقاربا بحيث يتمكن من مطالعة ولده في يوم ويرجع الى اهله فيه قبل الليل جاز
لها النقل اليه مطلقا في دار الاسلام فلا يشترط فيه وقوع التزوج ولا الوطن الا الى قرية من مصر لان الانتقال الى القرية بمنزلة الانتقال من محلة الى محلة في بلدة واحدة غير ان الانتقال من مصر الى قرية يضر
بالولد لكونه يتخلق باخلاق اهل القرى فلا يمكن ذلك الا ان يكون وطنها ووقع العقد فيها في الاصح و
هذا الحكم في حق الام خاصة وليس لغيرها ان ينقله الا باذن الاب او الجد والله اعلم

باب النفقة

وهي مشتقة من النفوق الذي هو الهلاك يقال نفقت الدابة

بالقرابة والزوجية والملك فيبدأ بنفقة الزوجية لانها انسب لما تقدم قال تجب النفقة
للزوجة على زوجها والكسوة بقدر حالهما ولو مانعة نفسها للمهر ثبت ذلك بالكتاب والسنة
والاجماع وضرب من المعقول اما الكتاب فقوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته وقوله تعالى
وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف واما السنة فما روي عن جابر بن عبد الله
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم ذكر في خطبته في حجة الوداع فقال اتقوا الله في النساء فانهن
عوار عندكم اتخذتموهن بامانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله ولكم عليهن ان
لا يوطئن فرشكم احدا تكرهونه فان فعلن ذلك فاضربوهن ضربا غير مبرح ولهن عليكم
رزقهن وكسوتهن رواه ابو داود وعن جابر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لرجل ابدأ
بنفسك فتصدق عليها فان فضل شيء فلاهلك فان فضل شيء فلذي قرابتك الحديث رواه
مسلم واما الاجماع فلان الامة اجمعت على ان النفقة والسكنى واجبتان للزوجة على زوجها
واما المعقول فلان النفقة تجب جزاء الاحتباس ومن كان محبوسا لحق شخص كانت عليه نفقته
لعدم تفرغه لحاجة نفسه اصله القاضي والوالي والعامل في الصدقات والمفتي والمقاتلة و
المضارب اذا سافر بمال المضاربة والوصي ولا فرق في ذلك بين ان تكون مسلمة او كافرة لاطلاق
النصوص وقوله بقدر حالهما يعني يعتبر حالهما في النفقة حتى اذا كانا موسرين تجب عليه نفقة الموسرات
وان كانا معسرين تجب عليه نفقة المعسرات فان كان احدهما موسرا والاخر معسرا تجب عليه نفقة
الوسط دون نفقة الموسرات وفوق نفقة المعسرات وهذا اختيار الخصاف وعليه الفتوى وقال
الكرخي يعتبر حال الزوج لا غير لقوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته وقال تعالى على الموسع قدره
وعلى المقتر قدره وقال تعالى ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما اتاه الله لا يكلف الله نفسا الا ما
اتاها ومن اعتبر حالهما فقد ترك العمل بالكتاب والسنة وبيانه ان الزوج اذا كان معسرا وهي موسرة
فلو اوجبنا عليه فوق نفقة المعسرات فكان تكليفا بما لم يؤته وهو منفي بالنص ولنا قوله عليه الصلاة
والسلام لهند امراة ابي سفيان خذي من مال ابي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف فقد
اعتبر حالها والحديث صحيح مذكور في الصحيحين وما تلاه يقتضي اعتبار حال الرجل فاعتبرنا حالهما
عملا بهما ونحن نقول فيما اذا كان هو فقيرا وهي موسرة تسلم لها قدر نفقة المعسرات في الحال والزائد
يبقى دينا في ذمته فلا يكون تكليفا بما لم يؤت وكل جواب عرفته في فصل النفقة من اعتبار حال الزوج
او حالهما فهو الجواب في الكسوة اذ المعنى لا يختلف وقد تعارض فيه نصان ايضا لان قوله تعالى على الموسع قدره
وعلى المقتر قدره والمراد به الكسوة وحديث هند عام فيهما فقد تعارضا فيها فعملنا بهما باعتبار حالهما و

مسلم

٢٤

يسلم لها المهر المقدم وهو الذي تعورف تقديمه في كل بلاد وزمان لانه منع بحق لتقصير من جهته فلا تسقط
به النفقة به وان كان بعد الدخول عند ابي حنيفة وعندهما لا الا اذا كانت دون البلوغ لعدم صحة تسليم الاب
وهذا لان النفقة وان كانت جزاء الاحتباس بان ينقلها الى بيته بل الاحتباس المقدر كاف لوجوبها وذلك
يوجد بمجرد العقد والتمكين ما لم يوجد منها الامتناع ظلما **قال** ولا ناشزة اي لا تجب النفقة للناشزة
وهي الخارجة من بيت زوجها بغير اذنه المانعة نفسها منه بخلاف ما لو مانعته في البيت ولم تمكنه من الوطء
حيث لا تسقط النفقة به لقيام الاحتباس لان الظاهر انه يقدر على وطئها كرها كذا العادة الا ترى ان البكر لا توطأ
الا كرها ولو كانا يسكنان في ملك المرأة فمنعته من الدخول عليها لا نفقة لها لانها ناشزة الا ان يكون سالها
النقلة لان الاحتباس فات لمعنى فيه ولو كان يسكن في المغصوب فامتنعت منه فلها النفقة لانها
ليست بناشزة ولو عادت الناشزة الى منزل الزوج وجب لها النفقة لزوال المانع **قال** وصغيرة
لا توطأ يعني لا تجب لها النفقة سواء كانت في منزله او لم تكن وقال الشافعي لها النفقة لانها عوض عن الملك
عنده كما في المملوكة بملك اليمين وكونها مستمتعا بها لا تاثير له الا ترى انها تجب للحائض والنفساء
والمريضة والعجوز التي لا تجامع مثلها والرتقاء **ولنا** ان المعتبر في ايجاب نفقة الزوجات احتباس للدواعي
ايضا فكان فوات منفعة الاحتباس فيها فصارت كالناشزة بخلاف المستشهد به من المسائل التي ذكرت لان الا
نتفاع بين حاصل في الجملة من حيث الدواعي بان يجامعهن فيما دون الفرج او من حيث حفظ البيت والموانسة
بخلاف الصغيرة ولا يمكن اعتباره بملك اليمين لان النفقة فيه لاجل الملك لا لاجل الاحتباس الا ترى
انه لا يسقط بالاباق وهذه تسقط بالنشوز وقال ابو يوسف اذا كانت الصغيرة تصلح للخدمة والاستيناس فنقلها
الى بيته فليس ان يردها وتستحق عليه النفقة فاعتبر منفعة الخدمة والاستيناس وذكر في النهاية معزيا
الى الذخيرة في تعليل وجوب النفقة وقيل ان الصغيرة اذا كانت مشتهاة ويمكن جماعها فيما دون الفرج تجب
لها النفقة ولو كانت الصغيرة تصلح للجماع تجب نفقتها بالاجماع على الزوج لحصول المقصود واختلفوا في حده
فقيل بنت تسع سنين والصحيح انه غير مقيد بالسن وانما العبرة بالاحتمال والقدرة على الجماع فان السمينة الضخمة
تحتمل الجماع وان كانت صغيرة السن واذا كان الزوج صغيرا لا يقدر على الجماع وهي كبيرة تجب لها النفقة في ماله
لان العجز من قبله فصار كالمجبوب والعنين وان كانا صغيرين لا يقدران على الجماع فلا نفقة لها لان العجز من قبلها
فصار كالمجبوب والعنين اذا كانت تحته صغيرة **قال** ومحبوسة بدين ومغصوبة وحاجة مع غير الزوج
ومريضة لم تزف اي لا تجب لهن النفقة اما المحبوسة فلان الامتناع جاء من قبلها وان لم يكن منها بان كانت
عاجزة فليس منه وذكر الكرخي انها اذا حبست قبل النقلة فان كانت تقدر ان تخلي بينها وبينه في الحبس فلها
النفقة وان كانت لا تقدر فلا نفقة لها ولو حبست بعد النقلة لم تبطل نفقتها لان المنع يعارض الزوال وهو

تفصيل واستشهد

تفصيل

واستشهد محمد رحمه الله على ذلك بغصب العين المستاجرة في يد المستاجر حيث تسقط الاجرة عنه لفوات الانتفاع
لا من جهته وعليه الاعتماد واذا هرب الزوج او حبس بحق او ظلم فلها النفقة لعدم المانع من جهتها واما اذا
غصبها غاصب فلا نفقة لها لانه قد فات الاستمتاع بها لا من جهة الزوج فلا تستحق النفقة وعن ابي يوسف انها تستحق
لما ذكرنا في المحبوسة واما اذا حجت مع غيره فلما ذكرنا من ان فوات الاحتباس لا من قبله يوجب سقوط النفقة
وعند ابي يوسف لها النفقة اذا حجت بعد تسليم نفسها لانها مضطرة فيه فلم يفت من جهتها باختيارها
وقد ذكرنا ان الاحتباس اذا فات لا من جهتها لا يوجب سقوط النفقة عنده ويحتمل ان يكون هذه المسئلة
مبنية على ان الحج يجب على الفور عنده فتكون مضطرة وعند محمد على التراخي فلا تكون مضطرة لكن تجب عليها
نفقة الحضر عنده دون السفر لانها هي الواجبة عليه ولو كان زوجها معها في السفر تجب عليه نفقة الاقامة
اجماعا ولا تجب عليه الكراء لان الزيادة على نفقة الاقامة لحقها بازاء منفعة تحصل لها فلا تكون عليه كالمداواة
في مرضها واما المريضة قبل النقلة الى منزل الزوج وهو المراد بقوله ومريضة لم تزف فلعدم الاحتباس
لاجل الاستمتاع بها فلو سلمت نفسها وهي مريضة لا تجب لها النفقة ولو مرضت بعد التسليم تجب لها وروي
ذلك عن ابي يوسف رحمه الله والقياس ان لا تجب عليه لما ذكرنا وجه الاستحسان انها ينتفع بها انتفاعا مقصودا
بالنكاح وهو الجماع او دواعيه والاستيناس بها وحفظ البيت والمانع على شرف الزوال فصار كالحيض والنفاس
ولان النكاح يعقد للصحبة والالفة وليس من الالفة ان تمتنع من الانفاق عليها ويردها الى اهلها
اذا مرضت وقيل ان امكن الاستمتاع بها بوجه فعليه نفقتها والا فلا كالعبد الموصى بخدمته لانسان
وبرقبته لاخر وروي عن ابي يوسف انه ينفق عليها الا اذا تطاول بها المرض **قال** ولخادمها لو
موسرا يعني تجب على الزوج نفقة خادمها اذا كان موسرا يعني اذا كان لها خادم متفرغ لخدمتها
ليس له شغل غير خدمتها وهو مملوك لها لانه لا بد لها من خادم يقوم بخدمتها ويهيئ امور بيتها
حتى تتفرغ لحوائجه فكما وجب عليه نفقتها وجب عليه نفقة خادمها والجامع ان نفقة كل واحد منهما
لمنفعة تعود اليه الا ترى ان القاضي لما وجبت نفقته في بيت المال تجب نفقة خادمه ايضا لما ذكرنا واختلفوا
في هذا الخادم قيل هي جارية مملوكة لها وان كانت غير مملوكة لها لا تستحق النفقة للخادم في ظاهر الرواية
كالقاضي اذا لم يكن له خادم لا يستحق نفقة الخادم من بيت المال وهذا لان استحقاقها نفقة الخادم باعتبار
ملك الخادم فان لم يملكه فلا يستحق كالغازي اذا كان راجلا لا يستحق سهم الفارس ولو جاءت بخادم تخدمها
لم يقبل منه الا برضاها ومنهم من قال تجب عليه نفقة الخادم وقيل ان كانت من الاراذل لا تستحق الخادم وان
كانت حرة لا يفرض اكثر من خادم واحد عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يفرض لخادمين احدهما
لمصالح داخل البيت والاخر لمصالح خارجه لو هو نظير الاختلاف في الغازي اذا كان معه اكثر من فرس واحد

اذا قام الواحد مقام نفسه ويلزمه من نفقة الخادم ادنى الكفاية ولو كان الزوج معسرا لا يجب
عليه نفقة خادمها وان كان لها خادم فيما رواه الحسن عن ابي حنيفة خلافا لمحمد هو يقول
انها اذا كانت لها خادم لم تكتف بخدمة نفسها فيجب عليه نفقته كما لو كان موسرا والاول
اصح لان المعسر يكتفي بخدمة نفسها واستعمال الخادم لزيادة التنعيم فيعتبر في حالة
اليسار دون الاعسار ولو اختلفا في اليسار والاعسار فالقول قوله الا ان تقيم المرأة
البينة لانه متمسك بالاصل قال رحمه الله ولا يفرق بعجزه عن النفقة ويؤمر
بالاستدانة عليه وقال الشافعي رضي الله عنه يفرق بينهما لما روى ابو هريرة رضي الله عنه
من قوله عليه الصلاة والسلام ابدأ بمن تعول فقيل من اعول يا رسول الله
قال امرأتك ممن تعول تقول اطعمني واستعملني وولدك يقول الى من تتركني رواه البخاري
ومسلم وروى الدارقطني عن ابي هريرة رضي الله عنه في الرجل لا يجد ما ينفق
على امرأته يفرق بينهما وكتب عمر رضي الله عنه الى امراء الاجناد في رجال غابوا
عن نسائهم فامرهم ان ينفقوا او يطلقوا فان طلقوا بعثوا ببقية نفقتهم الماضية
ولان الواجب عليه الامساك بالمعروف وقد فات ذلك بالعجز عن النفقة فتعين لان البدن صح
التسريح بالاحسان فصار كالجب والعنة بل اولى لا بقاء له بدون النفقة ويبقى
بدون الجماع الا ترى انه يؤمر بالانفاق على المملوكة بملك اليمين وبيعها عند
العجز او الاباء ولا يؤمر بالجماع وكذا منفعة الجماع مشتركة بينهما ومنفعة
النفقة مختصة بها فكان فوقه ولنا قوله تعالى وان كان ذو عسرة فنظرة
الى ميسرة يدخل تحته كل معسر وقوله تعالى لا يكلف الله نفسا الا ما آتاها سيجعل
الله بعد عسر يسرا دليل على ان من لم يقدر على النفقة لا يكلف على الانفاق فلا يجب
عليه الانفاق في هذه الحالة ولان التفريق ابطال الملك على الزوج وفي الامر با
لاستدانة تاخير حقها وهو اهون من الابطال فكان اولى ولا حجة له في حديث
ابي هريرة رضي الله عنه لانهم قالوا له سمعت هذا من رسول الله صلى الله عليه
وسلم قال لا هذا من كيس ابي هريرة رواه البخاري كذلك عنه في صحيحه ولانه
ليس فيه الا حكاية قول المرأة اطعمني او فارقني وليس فيه دلالة على ان الفراق
واجب عليه اذا طلبت ذلك وكذا الحديث الثاني لا يلزم الحجة لان في طريقه عبد الباقي
بن قانع وقال البرقاني في حديثه نكرة وقال ايضا هو ضعيف عندنا وضعفه
غيره ولا يمكن الاحتجاج بامر عمر ايضا لان مذهبه اسقاط طلبها من المعسر ذكره ابن حزم

وقال رح

لو كان صح

وقال رحمه الله ذكر عنه وكتابه ايضا الى القادرين على النفقة ولهذا امرهم ان يبعثوا با
لبقية من النفقة الماضية ولا يمكن قياسها على الجب والعنة لانه يفوت بهما المقصود با
لنكاح وهو التوالد والمال تابع فلا يلحق بما هو اصل ولانها لا تفوت بل تتاخر وتبقى دينا في
ذمته فيمكن تداركها في الآخرة فلا يكون معارضة لابطال حقه من الملك وفي الجب والعنة لا يمكن
ذلك فتعارض الحقان فترجح حقها لانه اشد من جهتها حقها اذ لا خلف له
البقاء فيما يرجع الى المقصود بالنكاح ولهذا يجاب عن نفقة الامة اذ لا يمكن
تداركها لان المملوك لا يكون له دين على سيده فتعين البيع ولان سقوط
حقه في الرقبة الى بدل وهو الثمن وسقوط حق العبد في النفقة لا الى بدل
فكان البيع اهون لانه كلا فايت حتى لو كانت الامة ام ولد له لا يعتقها القاضي
عليه لما فيه من ابطال حقه بلا عوض ولهذا تبين ان الامساك بالمعروف
لم يفت لان كل واحد مخاطب بما عنده لقوله تعالى على الموسع قدره و
على المقتر قدره وليس قدرته الا على التزام في الذمة فيجب المصير اليه
الى الميسرة بالنص ولهذا يجب المصير اليه في حق المهر والنفقة المجتمعة
عن الماضي وفائدة الامر بالاستدانة مع فرض القاضي النفقة ان يمكنها
احالة الغريم على الزوج فيطالبه به بخلاف ما اذا كانت بغير امره حيث تطالب
هي ثم ترجع هي على الزوج ولا تحيل عليه الغريم لعدم ولايتها عليه وذكر
الخصاف ان تفسير الاستدانة هو الشراء بالنسيئة ليقضي الثمن من مال الزوج
وفي شرح المختار المرأة المعسرة اذا كان زوجها معسرا ولها ابن من غيره
موسر او اخ موسر فنفقتها على زوجها ويؤمر الابن او الاخ بالانفاق
عليها ويرجع به على الزوج اذا ايسر ويحبس الابن والاخ اذا امتنع لان هذا
من المعروف فتبين بهذا ان الادانة لنفقتها اذا كان الزوج معسرا وهي معسرة
تجب على كل من كانت تجب عليه نفقتها لولا الزوج وعلى هذا لو كان للمعسر اولاد
صغار ولم يقدر على انفاقهم تجب نفقتهم على من تجب عليه لولا الاب كالام والاخ
والعم ثم يرجع به على الاب اذا ايسر بخلاف نفقة اولاد الكبار حيث لا يرجع عليه
بقدر اليسار لانها لا تجب مع الاعسار فكان كالميت قال وتتم نفقة اليسار بطروه
وان قضى بنفقة الاعسار يعني اذا كان ينفق عليها نفقة المعسر لاعساره ثم ايسر تمم لها
نفقة الموسر لطروه اليسار اي لحدوثه وان كان الاول بالقضاء لان القضاء به لعذر

الاعسار فاذا زال العذر بطل ذلك كالمكفر بالصوم اذا وجد الرقبة بطل صومه
وتقدم القدرة لا يمنع الاتمام بعدكه لانه تقدير لنفقة لم تجب وهذه المسئلة تستقيم
على قول الكرخي حيث اعتبر حال الرجل فقط ولم يعتبر حال المراة اصلا وهو ظاهر
الرواية ولا يستقيم على ما ذكره الخصاف من اعتبار حالهما على ما عليه الاعتماد فيكون
فيه نوع تناقض من الشيخ لان ما ذكره في اول الباب هو قول الخصاف ثم بنى الحكم على
قول الكرخي **قال** رحمه الله ولا تجب نفقة مضت الا بالقضاء او الرضاء اي مضت مدة
ولم ينفق عليها الزوج فلا شيء لها من ذلك الا ان يكون القاضي فرض لها النفقة او صالحت الزوج
على مقدار منها فيقضي لها بنفقة ما مضى لان النفقة صلة فلا تملك الا بالقبض كرزق
القاضي وقال الشافعي تصير دينا بلا قضاء ولا رضاء لانها عوض عن الملك كالمهر **قلنا**
لو كان عوضا عن الملك لوجب جملة واحدة كالمهر وثمن المبيع ولانه مملوك بالمهر
فلا يكون مضمونا بغيره كيلا يجتمع العوضان عن معوض واحد لانه لو كان عوضا
لا يخلو اما ان يكون عوضا عن الملك او عن الاستمتاع به والاول ممتنع لما ذكرنا وكذا الثاني
لان الاستمتاع تصرف في المملوك فلا يستحق عوضا ولكن لما وقع الاحتباس لاجله
ليتمكن من الاستيفاء وصيانة مائه اوجبت عليه النفقة كرزق القاضي لما كان مشغولا
بحقوقهم وجبت له النفقة من بيت مال المسلمين الا ترى ان الاستيفاء امر زائد على ما وقع
عليه العقد وكذا الاحتباس فيجب بمقابلته جزاؤه صلة والصلات لا تملك الا بالقبض
كالهبة والصدقة ولان فيه حقين حق الشرع وحق الزوج فمن حيث الاستمتاع و
قضاء الشهوة واصلاح المعيشة حق للزوج ومن حيث تحصيل الولد وصيانته كل
واحد منهما عن الزنا حق الشرع فباعتبار حقه عوض وباعتبار حق الشرع صلة
فاذا ترددت بينهما فلا يستحكم الا بحكم الحاكم او باصطلاحهما لان ولايتهما على انفسهما فوق
ولاية القاضي عليهما وذكر في الغاية ان نفقة ما دون الشهر لا تسقط وعزاه الى الذخيرة
فكانه جعل القليل مما لا يمكن التحرز عنه اذ لو سقطت بمضي يسير من المدة مدة يسيرة
لما تمكنت من الاخذ اصلا **قال** رحمه الله وبموت احدهما تسقط المقضية اي بموت احد
الزوجين تسقط النفقة المقضي بها لما ذكرنا انه صلة والصلاة تسقط بالموت كالهبة
والدية والجزية وضمان العتق هذا اذا لم يامرها بالاستدانة وان امرها القاضي با
لاستدانة لم تسقط بالموت هو الصحيح ذكره في النهاية وهذا لان هذه النفقة لها

شبهتان

شبهتان شبهة بالصلة وشبهة بالديون فان امرها بالاستدانة لا تسقط
كسائر الديون وان لم يامرها بها سقطت كسائر الصلاة عملا بالدليلين
ولان للقاضي ولاية عامة فاستدانتها بامر القاضي فان قيل انتم قلتم فيما
تقدم استحكم هذا الدين بحكم القاضي فلا يسقط بمضي الزمان بعد ذلك فعلى
هذا لا يسقط بالموت ايضا لاستحكامه بالقضاء **قلنا** ان الموت يبطل الاهلية بالكلية
حتى لا يتصور منه الاتمام بعد ذلك فكان اقوى في ابطال الصلاة فيحتاج عند
الاستحكام الى زيادة تاكيد وهو الامر بالاستدانة وفي حال الحياة لم تبطل الاهلية
فيستحكم بمجرد التاكيد وهو القضاء بها وكذا لا يسقط بالطلاق في الصحيح لما ذكرنا
قال ولا ترد المعجلة اي لا ترد النفقة المعجلة بموت احدهما بان اسلفها
نفقة سنة مثلا ثم مات احدهما لا يسترد ذلك وقال محمد تحتسب لها
نفقة ما مضى وما بقي يسترد منها وبه قال الشافعي رحمه الله وعلى هذا الخلاف
الكسوة فهما يقولان انها اخذت عوضا عن ما تستحقه عليه بالاحتباس فتبين
ان لا استحقاق لها عليه فترده كما اذا ادعى على شخص دينا فقضاه ثم تصادقا
انه لا دين عليه فانه يرد المقبوض وكما اذا اسلفها نفقة سنة
ثم ماتت قبل ان يتزوجها وكرزق القاضي او المقاتلة اذا اسلف ثم
مات قبل المدة **ولنا** انها صلة اتصل بها القبض ولا رجوع في الصلات بعد
الموت بخلاف مسئلة التصادق فان المقبوض هناك مضمون على القابض
الا ترى انه يرجع عليه وان هلك وهنا يسقط الرجوع بالهلاك اجماعا
وبخلاف التعجيل قبل التزوج لانه لم يصح لعدم سببه ولهذا لا يلزم
وهنا وقع صحيحا لازما ورزق القاضي ممنوع لانه على الخلاف
ولان سلم فالفرق بينهما ان تصرف الامام في بيت المال مقيد
بشرط النظر والنظر ان يوخذ منه ويعطي لمن يجيء بعده من قضاة
المسلمين **قال** رحمه الله ويباع القن في نفقة زوجته ومعناه
اذا تزوجها باذن المولى لانه دين وجب في ذمته لوجود سببه
وقد وجد وجوبه في حق المولى فيتعلق برقبته كدين التجارة
بخلاف ما اذا كان بغير اذنه لان النكاح لم يصح فلم تجب النفقة فيه

ولو دخل بها الابتاع ايضا في المهر لان وجوب المهر لم يظهر في حق
المولى لكونه محجورا عليه وانما يطالب به بعد الحرية وللمولى ان يفديه
لان حقها في النفقة لا في عين الرقبة فلو مات سقط لما ذكرنا ان الصلات
تملك بالقبض وتسقط بالموت قبل القبض وكذا اذا قتل تسقط في الصحيح
وقيل لا تسقط لانه اخلف القيمة فتنتقل اليه كساير الديون وانما
تسقطان لفوات المحل لا الى خلف كالعبد الجاني اذا قتل بالجناية
وهذا ليس بشيء لان الدين انما ينتقل الى القيمة اذا كان دينا
لا يسقط بالموت وهذا يسقط بالموت على ما بينا فكيف ينتقل اليها ولو
اجتمع عليه نفقة اخرى بعد ما بيع مدة اخرى بيع ثانيا وكذا
ثالثا الى ما لا يتناهى وليس في الديون ما يباع فيه مرارا الا دين النفقة
وغيره من الديون يباع فيه مرة فان اوفى الغرما والا طولب به
بعد الحرية والفرق ان دين النفقة يتجدد في كل زمان فيكون
دينا آخر حادثا بعد البيع ولا كذلك ساير الديون ولو كان مدبرا
او مكاتبا او ولد ام ولد لا يباع بالنفقة لعدم جواز البيع الا ان المكاتب
اذا عجز يباع لانه يقبل النقل بعد العجز قال رحمه الله ونفقة
الامة المنكوحة بالتبوية لان الاحتباس لا يتحقق الا بها وتبويتها
ان تخلي بينها وبين زوجها ولا يستخدمها لان المعتبر في استحقاق
النفقة تفريغها لمصالح الزوج وذلك يحصل بالتبوية وان استخدمها
بعد التبوية سقطت نفقتها لزوال الموجب وان خدمته احيانا

من عبيد

من غير ان يستخدمها لا تسقط نفقتها لانه لم يستخدمها فلا يكون
استردادا ولا فرق في ذلك بين ان يكون زوجها حرا او عبدا
او مدبرا او مكاتبا لان المعنى الموجب للوجوب هو التبوية فلا يختلف
باختلاف الازواج ولا يقال ان خدمة المولى مقدمة على حق الزوج
شرعا حتى لا تجب عليه التبوية فيكون حبسها نفسها بحق فينبغي ان
تكون لها النفقة كالحرة اذا امتنعت من تسليم نفسها حتى يوفيها
مهرها كان التفويت من جهته فلا يسقط النفقة بخلاف الامة لان
التفويت فيها من المولى وكونه مقدما شرعا لا تاثير له في عدم سقوط
النفقة كما لو حجت مع محرم وام الولد والمدبرة كالقنة حتى لا تجب
نفقتهن الا بالتبوية بخلاف المكاتبة اذا تزوجت باذن المولى حيث
تجب نفقتها قبل التبوية كالحرة لان المولى ليس له استخدامها فصيرو
رتها احق بنفسها ومنافعها فتقدر على تسليم نفسها شرعا كا
لحرة فتجب لها النفقة بمجرد العقد كالحرة ولو بوأ الامة بعد الطلاق
ولم يكن بوأها قبله فلا نفقة لها خلافا لزفر رحمه الله لانها صارت
محبوسة بحقه فتستحق النفقة قلنا لم تكن مستحقة عند الطلاق

فلا تستحق بعده وان زوج امته من عبده فنفقتها على المولى بوأها منزلا او لم يبق بوبها
لان نفقة المملوكة على المالك قال رحمه الله والسكنى في بيت خال عن اهله واهلها اي
يجب لها السكنى في بيت ليس فيه احد من اهله ولا من اهلها الا ان تختار ذلك لان السكنى حقها
اذ هو من كفايتها فيجب لها كالنفقة وقد اوجبها الله تعالى مقرونا بالنفقة بقوله تعالى اسكنوهن
من حيث سكنتم من وجدكم اي وانفقوا عليهن من وجدكم وهكذا قراءة ابن مسعود
واذا كان حقا لها فليس له ان يشرك غيرها فيها كالنفقة وهذا لان السكنى مع الناس يتضررا
به فانهما لا يأمنان على متاعهما ويمنعهما من الاستمتاع والمعاشرة الا ان تختار ذلك لان الحق
لهما فلهما ان يتفقا عليه ولو اسكنها معها امته ليس ان تمتنع من ذلك لانه يحتاج الى الاستخدام
فلا يستغني عنها ولو اخلى لها بيتا من دار وجعل لها مرافق وغلقا على حدة كفاها لحصول
المقصود بذلك فان اشتكت من الزوج الايذاء بسوء العشرة فان علم القاضي بذلك او اخبره
عدول نهاه عن ذلك ومنعه وفي الغاية عليه ان يسكنها عند جيران صالحين قال رحمه الله
ولهم النظر والكلام معها اي لاهلها ان ينظروا اليها ويتكلموا معها اي وقت شاؤوا ولا
يمنعهم من ذلك لما فيه من قطيعة الرحم وليس عليه في ذلك ضرر وقيل لا يمنعهم من الدخول والكلام
معها وانما يمنعهم من القرار لان الفتنة في اللبث وتطويل الكلام وقيل لا يمنعها من الخروج الى
الوالدين ولا يمنعهما من الدخول اليها في كل جمعة وفي غيرهما من المحارم في كل عام هو الصحيح
وقدره محمد بن مقاتل الرازي بشهر في المحارم قال رحمه الله وفرض لزوجة الغائب
وطفله وابويه في مال له عند من يقر به وبالزوجية ويؤخذ كفيل منها اي يفرض النفقة
في مال الغائب بشرط ان يقر من عنده المال بالمال والزوجية وكذا يشترط معه اقرار من عنده
المال بالنسب وكذا اذا علم القاضي ذلك ولم يعترف به وقال زفر لا يدفع لها من الوديعة ولا تؤمر
بالاستدانة عليه لان المودع مأمور بالحفظ دون الدفع ولنا ان صاحب اليد اذا كان معترفا بالمال
وبالزوجية والنسب فقد اقر لهم بحق الاخذ لانهم لهم ان يأخذوا بايديهم من ماله بغير
رضاه واقرار صاحب اليد مقبول في حق نفسه لا سيما هنا وانه لو انكر احد الامرين لا تقبل
بينتهم فيه لان المودع ليس بخصم عنه في اثبات الزوجية والنسب ولا خصم عنهم في اثبات المال فاذا قبل اقراره
في حق نفسه حتى اخذ منه تعدى اقراره الى غيره وهو الغائب ضرورة وكذا اذا كان المال في يده مضاربة
او دينا في ذمته الغريم واقر بالمال والزوجية والنسب او علم القاضي بذلك وان علم احدهما اما النسب والزوجية
او المال يحتاج الى الاقرار بما ليس بمعلوم عنده هو الصحيح هذا كله اذا كان المال من جنس حقهم اي من النقود

او الطعام
او الكسوة لانه
اذا كان من خلافه
فلا تقضي النفقة
فيه لانه يحتاج
الى القضاء بالقيمة
او الى البيع وكل
ذلك لا يجوز
على الغائب
والتبر عنده
الدراهم في هذا
الحكم لانه يصلح فيه

فيه قيمة

فيه قيمة كالمضروب وان اخذ من المرأة كفيلا فحسن احتياطا لجواز انه قد كان عجل النفقة لها
او كانت ناشزة او مطلقة قد انقضت عدتها فكان النظر له التكفيل بخلاف ما اذا قسمت التركة
بين الورثة بالبينة حيث لم يؤخذ منهم كفيل عند ابي حنيفة لاحتمال ان يكون له وارث اخر والفرق
ان المكفول له في النفقة معلوم وهو الزوج وفي الميراث مجهول ويحلف بالله مع التكفيل احتياطا لان
من الناس من يعطي الكفيل ولا يحلف ومنهم من يحلف ولا يعطي الكفيل فيجمع في مال بينهما احتياطا نظرا
للغائب ولا يقضي بنفقة في مال الغائب الا لهؤلاء لان القضاء على الغائب لا يجوز ونفقة هؤلاء
واجبة قبل القضاء فلهذا كان لهم ان يأخذوا قبل القضاء بدون رضاه فيكون القضاء في
حقهم اعانة وفتوى من القاضي بخلاف غير الولاد من الاقارب لان نفقتهم غير واجبة قبل
القضاء وهذا ليس لهم ان يأخذوا من ماله قبل القضاء اذ ظفروا به فكان القضاء في حقهم ابتداء ايجاب
فلا يجوز ذلك على الغائب ولو لم يقر الذي في يده المال بذلك ولم يعلم القاضي واردت المرأة اثبات المال
او الزوجية او مجموعهما بالبينة ليقضي لها في مال الغائب او تؤمر بالاستدانة لا يقضي لها بذلك
لان ذلك قضاء على الغائب وقال زفر تسمع بينتها ولا يقضي بالنكاح وتعطى نفقتها في مال الزوج ان كان
له مال وان لم يكن له مال تؤمر بالاستدانة لان في قبوله البينة بهذه الصفة نظرا لها وليس فيه ضرر
على الغائب لانه لو حضر فصدقها واثبت ذلك بطريقه كانت اخذت حقها والا فيرجع عليها او على
الكفيل وهو قول ابي حنيفة اولا ثم رجع الى ما ذكره في الكتاب وكان ابو يوسف اولا يقول يقضي بها
ويثبت به النكاح ايضا ثم رجع الى ما ذكر هنا قال وللمعتدة الطلاق اي تجب النفقة والسكنى لمعتدة
الطلاق ولا فرق في ذلك بين البائن والرجعي وقال الشافعي رحمه الله لا نفقة للمباينة الا ان تكون
حاملا لما روي ان فاطمة بنت قيس قالت طلقني زوجي ثلاثا ولم يجعل لي رسول الله صلى الله عليه وسلم
سكنى ولا نفقة رواه الجماعة الا البخاري وعن الشعبي عن فاطمة بنت قيس عن النبي صلى الله عليه وسلم في المطلقة
ثلاثا قال ليس لها سكنى ولا نفقة رواه احمد ومسلم وفيما رواه عنها مسلم انه عليه الصلاة والسلام قال
لا نفقة لها الا ان تكون حاملا الحديث وقال تعالى وان كن اولات حمل فانفقوا عليهن حتى يضعن حملهن
ولانها بازاء التمكن ولا تمكن هنا لعدم الحل الا انه اذا كانت حاملا تجب عليه نفقتها لاجل الكون ولده ولنا قول عمر
رضي الله عنه لا ندع كتاب ربنا ولا سنة نبينا لقول امرأة لا ندري لعلها حفظت او نسيت رواه مسلم
وفيما رواه مسلم وفيما رواه الطحاوي والدارقطني زيادة قوله سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول
للمطلقة ثلاثا السكنى والنفقة ومراده بقوله كتاب ربنا قوله تعالى يا ايها النبي اذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن الى
اخر ما ذكره من الايات ووجه التمسك به انه تعالى نهى عن اخراجهن وخروجهن من بيوتهن بقوله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن
ولا يخرجن واوجب النفقة على الازواج بقوله تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم وفي مصحف ابن مسعود وانفقوا عليهن من وجدكم

النفقة من

والسكنى

ولم يفرق بين البائن والرجعي ومنها ان النفقة تجب جزاء الاحتباس لحق صيانة الماء ومنها المعنى موجود فيها مع زيادة ان
الله تعالى نهى عن مضارتهن بقوله تعالى ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن فلو لم تجب لها النفقة في الحالة لتضررت واي ضرر واي
تضييق اشد من منع النفقة مع الجبر عليه واي حرمة اوجبت ذلك فان قيل الاصل عموم الاية بل المراد بها المطلقة رجعيا
بدليل قوله تعالى فاذا بلغن اجلهن فامسكوهن بمعروف او فارقوهن بمعروف اذ لا خيار له في البائن قلت صدر الاية
عام فلا يبطل بذكر حكم تخص بعض ما يتناوله الصدر في اخره كقوله تعالى والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلاثة قروء يتناول
البائن والرجعي ثم لا يبطل عمومه بقوله وبعولتهن احق بردهن وتخصيص الحامل بالذكر لا ينفي الحكم عن غيرها اذ لو نفى
لنفى عن المطلقة الرجعي ايضا اذا كانت حاملا وانما خصت الحامل بالذكر لشدة العناية بها لما يلحقها من المشاق بالحمل وطول المدة
او لازالة الوهم لانه يتوهم سقوطها لطول المدة وحديث فاطمة لا يجوز الاحتجاج به لوجوه احدها
ان كبار الصحابة انكروا عليها كعمر على ما تقدم وابن مسعود وزيد بن ثابت واسامة بن زيد وعايشة حتى
قالت لفاطمة فيما رواه البخاري الا تتقي الله وفي رواية قالت لها لا خير لك فيه ومثل هذا الكلام لا يقال
الا لمن ارتكب بدعة محرمة وفي صحيح مسلم لما حدث الشعبي بمثل هذا الحديث اخذ الاسود بن يزيد كفا من حصا فحصبه
به الشعبي وقال له ويلك تحدث بهذا الحديث وقال ابو سلمة انكر الناس عليها فصار منكرا فلا يجوز الا
حتجاج به والثاني الاضطراب فانه جاء طلقها البتة وجاء طلقها ثلاثا وجاء ارسل اليها بتطليقة كانت بقيت من طلاقها وجاء
طلقها البتة وهو غايب وجاء مات عنها وجاء حين قتل زوجها وجاء طلقها ابو عمرو بن حفص وجاء ابو حفص بن
المغيرة فلما اضطرب سقط الاحتجاج به والثالث ان نفقتها سقطت بتطويل لسانها على احمائها فلعلها اخرجت لذلك
قال الله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا ان ياتين بفاحشة وهي ان تفحش على اهل الرجل فتؤذيهم
قاله ابن عباس ذكره السفاقسي في شرح البخاري وفي مصحف ابي الا ان تفحش عليكم وعن سعيد بن المسيب لفاطمة
تلك امراة فتنت الناس كانت لسنة فوضعت على يد ابن ام مكتوم وعن عايشة بمعناه فعلم بذلك انما لم يفرض
لها رسول الله صلى الله عليه وسلم لاجل ذلك لا لانه تكون به ناشزة وشرط وجوب النفقة ان تكون محبوسة في بيته
والشافعي احتج به ثم ترك العمل به في حق السكنى ولان هذا حكاية حال فلا يمكن الاحتجاج به الا ترى الى ما يروى
عن عايشة رضي الله عنها انها قالت كانت رخصة لعلة وقوله النفقة بازاء التمكين ولا تمكين هنا لعدم الحل
قلنا لا نسلم انه بازايه بل لاجل الاحتباس لحق الزوج وهو الموجود فيه لان من كان محبوسا لاجل غيره تكون
نفقته عليه اصله القاضي والمضارب ولا تاثير لعدم الحل في سقوط النفقة الا ترى انه تجب عليه نفقة امراته الحائض
والنفساء والمظاهر منها وكذا اذا فات التمكين حسا بنحو المرض لا تسقط النفقة وقوله الا انه اذا كانت حاملا
تجب عليه نفقة الحمل لا تصح نفقة لوجوه احدها ان النفقة لو كانت للحمل لوجبت في مال الحمل كنفقة اولاده الصغار وثانيها
ان امراته لو كانت امة وثبت طلاقها وهي حامل لوجب نفقتها على مولاها لا على الزوج لان الحمل ملكه وعلى هذا لو كانت
عادية لتخص وعلى
الا ضر ليعتبر النفقة
اعا على صاحب الحمل وثالثها
انها لو كانت للحمل
لسقطت بمضي الزمان
كنفقة الاقارب
وهي لا تسقط عندهم
بمضيه ورابعها
انها لو كانت للحمل
لتعددت بتعدده
قال لا للمتوفى
[illegible]
النفقة للمعتدة
ولا للمعتدة عن الوفاة
وقعت الفرقة
بينهما بمعصيتها

كالردة

كالردة وتقبيل ابن الزوج اما المتوفى عنها زوجها فلان الاحتباس ليس من حق الزوج بل لحق الشرع وجبت
عليها عبادة ولهذا لا يراعى فيها معنى التعرف عن براءة الرحم بالحيض مع الامكان فلا تجب نفقتها على
الزوج ولان النفقة تجب ساعة فساعة ولا ملك له بعد الموت ولا يمكن ايجابها في ملك الورثة لانعدام الاحتباس
لاجلهم واما اذا حصلت الفرقة بمعصية من جهتها فلانها صارت حابسة نفسها بغير حق فصارت كالناشزة بل
ابعد لانها ازالت الحل والنكاح بينهما فلا تجب لها النفقة بخلاف المهر اذا كانت الردة ونحوها بعد الدخول حيث
يجب لها لانه يجب بالتسليم وقد وجد ولو وقعت الفرقة بينهما باللعان او الايلاء او العنة او الجب فلها النفقة
لان الفرقة بهذه الاشياء مضافة الى الزوج وكذا لو وقعت الفرقة بينهما بخيار البلوغ او العتق او عدم الكفاءة
ولو اسلمت وابى الزوج ان يسلم فلها النفقة لان الفرقة بالاباء وهو منه بخلاف ما اذا اسلم الزوج
وابت هي لا تجب لها النفقة لان الامتناع جاء من قبلها ولهذا يسقط به مهرها كله اذا
كان قبل الدخول قال وردتها بعد البت تسقط نفقتها لا تمكين ابنه اي اذا طلقها ثلاثا ثم ارتدت
والعياذ بالله سقطت نفقتها ولو مكنت ابن زوجها بعد ما طلقها ثلاثا او واحدة باينة لا تسقط لان
الحرمة ثبتت بالطلاق البائن ولا تاثير للردة فيها ولا للتمكين غير ان المرتدة تحبس ولا نفقة للمحبوسة
لما بينا والممكنة لا تحبس فافترقا حتى لو اسلمت المرتدة وعادت الى منزل الزوج وجبت لها النفقة لزوال
المانع فصارت كالناشزة واذا رجعت الى منزله بخلاف ما اذا وقعت الفرقة بالردة بان ارتدت قبل
الطلاق حيث لا تجب لها النفقة لزوال المانع فصارت كالناشزة اذا رجعت الى منزله بخلاف ما اذا وقعت
الفرقة بالردة بان ارتدت قبل الطلاق حيث لا تجب لها النفقة وان اسلمت وعادت الى منزله لانها بالردة
فوتت عليه ملك النكاح وهو لا يعود بعودها الى منزل الزوج ولو لحقت بدار الحرب مدة ثم عادت مسلمة لا نفقة
لها كيف ما كان لان العدة تسقط باللحاق حكما لتباين الدارين لانه بمنزلة الموت فانعدم السبب الموجب
قال ولطفله الفقير يعني تجب النفقة والكسوة عليه لاولاده الصغار الفقراء لقوله تعالى وعلى المولود له
رزقهن وكسوتهن لان المولود له هو الاب فاوجب عليه رزق النساء لاجل الاولاد فلان تجب عليه نفقة الاولاد بالطريق
الاولى وانما قلنا اوجب عليه لاجل الاولاد لان ترتيب الحكم على الاسم المشتق من معنى يدل على ذلك المعنى كما
السارق والسارقة فاقطعوا ايديهما او نقول ان الله تعالى اوجب عليه اجرة الارضاع بما تلونا وهو نفقة الولد
ولا يشاركه فيه احد لما تلونا وتقييده بالطفل والفقير يفيد الاصطلاح عدم وجوبها اذا كان الولد غنيا او كبيرا
وهذا صحيح لان الغني ياكل من مال نفسه والبالغ اذا كان ذكرا وهو صحيح لا تجب نفقته على ابيه ولا على غيره من
الاقارب على ما نجي من تقريب قال ولا تجبر امه لترضع اي لا تجبر ام الصغير على الارضاع ولهذا لما ذكرنا
ان نفقته على الاب والارضاع نفقة له فكان على الاب وربما تعجز عن ارضاعه وامتناعها دليل عليه لانها لا تمتنع
عن ارضاعه الا وهو المحقق
فان ارضعها اباه بعد
ذلك يكون اجرا
بها وفق قال لا يستحق
الاقضاء والدة تولدها
ويعتبر بديانة الارضاع
من باب الاكتساب
لمكسب السب والطبخ وغسل
الثياب والكنس ونحو ذلك
فلا يجب عليها ديانة
ولا تجبرها القاضي عليه
لان المستحق عليها
بعقد النكاح تسليم
النفس لا الارضاع
لا تعتبر وذكر الخصاف
ان الاب اذا لم يكن له
مال وللولد مال
تجبر عليه وتجعل

الاجرة دينا عليه كما في نفقته ويحمل القول على ما اذا طلقها وانقضت عدتها **قال** ويستاجر من يرضعه
عندها اي يستاجر الاب من يرضعه عند الام لما ذكرنا ان النفقة على الاب والحضانة لها ولا يجب على المرضعة
ان تمكث عند الام اذا لم يشترط ذلك عليها بل ترضعه وترجع الى منزلها او تحمل الصبي معها اليه او ترضعه
في فناء الدار ثم تدخل به الدار الى امه هذا اذا كان يجد من ترضعه وكان الولد يأخذ ثدي غيرها وان كان
لا يجد من ترضعه ولا يأخذ ثدي غيرها تجبر عليه صيانة عن ضياعه وفي ظاهر الرواية لا تجبر لانه يتغذى
بالدهن وغيره من المائعات فلا يؤدي الى ضياعه والى الاول مال القدوري وشمس الائمة السرخسي و
قال مالك تجبر الام مطلقا الا اذا كانت شريفة والحجة عليه ما ذكرنا **قال** لا امه لو منكوحة او معتدة اي
لا يجوز ام الصبي اذا كانت تحته او في عدته لان الارضاع مستحق عليها ديانة قال الله تعالى والوالدات يرضعن
اولادهن الاية وهو امر بصيغة الخبر وهو اكد فلا يجوز اخذ الاجر عليه ولهذا لا يجوز ان تاخذ الاجرة
على خدمة البيت من الكنس وغيره وانما لا تجبر عليه لاحتمال عجزها فعذرت فاذا اقدمت عليه ظهرت قدرتها فلا
تعذر وقيل ان كانت معتدة عن طلاق باين جاز استيجارها لان النكاح قد زال فالتحقت بالاجانب والاول
رواه الحسن عن ابي حنيفة رض ووجهه ان العدة من احكام النكاح ولهذا تجب فيها النفقة والسكنى ولا يجوز
دفع الزكاة اليها والشهادة لها فلم تنقطع في حق هذه الاحكام فكذا في هذا الحكم ولو استاجر منكوحته لترضع
ولدها من غيرها جاز لانه لم يجب عليها ارضاعه **قال** وهي احق بعدها ما لم تطلب زيادة اي الام اولى
بارضاع الولد بعد انقضاء عدتها ما لم تطلب اكثر من اجرة الاجنبية لانها اشفق وانظر للصبي وفي الاخذ منها
اضرار بها فكان اولى فان التمست اكثر من ذلك لم يجبر الاب عليها دفعا للضرر عنه وقال تعالى لا تضار والدة
بولدها ولا مولود له بولده اي لا تضار هي باخذ الولد منها ولا يضار هو بالزامه اكثر من اجرة الاجنبية
وقال تعالى وان تعاسرتم فسترضع له اخرى وان رضيت الاجنبية ان ترضعه بغير اجر او بدون اجر المثل
والام باجر المثل فالاجنبية اولى لما قلنا **قال** ولابويه واجداده وجداته لو فقراء اي تجب النفقة
لهم الا اذا كانوا فقراء اما الابوان فلقوله تعالى وصاحبهما في الدنيا معروفا وفسرها النبي صلى الله عليه وسلم
بحسن العشرة بان يطعمهما اذا جاعا ويكسوهما اذا عريا نزلت في حق الابوين الكافرين بدليل ما قبلها وقال
قال تعالى ووصينا الانسان بوالديه حسنا وليس من الاحسان ولا من المعروف ان يعيش في نعم الله ويتركهما
يموتان جوعا واما الاجداد والجدات فلانهم كالابوين ولهذا يقومان مقام الاب والام في الارث وغيره ولانهم
تسببوا لاحيائه فاستوجبوا عليه الاحياء كالابوين وشرط الفقر لتحقق الحاجة بخلاف نفقة الزوجة حيث تجب
مع الغنى لانها تجب لاجل الحبس الدائم كرزق القاضي **قال** ولا تجب مع اختلاف الدين الا بالزوجية والولاد
اي لا تجب لاحد النفقة مع اختلاف الدين الا بسبب الزوجية وبسبب قرابة الولاد اما الزوجية فلانها تجب باعتبار
الحبس المستحق بعقد النكاح وذلك
بعقد صحيح القصد
ودون اختلاف الملة
هي لا تجب بالنكاح
الفاسد ولا الوطء
بشبهة واما بسبب
الولاد فلان نفقة الولاد
جزء وان نفقة الجزء
لا تمنع بالكفر كنفقة نفسه
الا انه لا تجب على الكافر
ابويه الحربيين ولا تجب
للحربي على ابنه المسلم
او الذمي لان الاستحقاق
بطريق الصلة ولا تستحق
الصلة للحربي للنهي عن برهم
ولهذا لا يجري الارث

بين من هو

41

بين من هو في دارنا وبينهم وان تحلت بملتهم وان لم يكن ولاد كالاخ والعم ونحوهما لا تجب نفقتهما مع اختلاف
الدين لان النفقة في غير الولادة تتعلق بالقرابة والمحرمية مقيدا بالارث لقوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك بخلاف
العتق حيث يتعلق بالمحرمية بسبب القرابة من غير قيد بكونه وارثا لقوله عليه الصلاة والسلام من ملك ذا رحم
محرم منه عتق عليه مطلقا ولان القرابة موجبة للصلة ومع اتحاد الدين اكد وملك اليمين اشد في القطيعة
من حرمان النفقة فاعتبر في اصل العلة وفي النفقة العلة المؤكدة بالشيئين **قال** ولا يشارك الاب
والولد في نفقة ولده وابويه احد اما الابوان فلان لهما تاويلا في مال الولد لقوله صلى الله عليه وسلم انت
ومالك لابيك ولا تاويل لهما في مال غيره ولانه اقرب الناس اليهما فصار اولى بايجاب النفقة عليهما و
هي تجب على الذكور والاناث بالسوية في الصحيح لان المعنى هو الجزئية او اعتبار التاويل في مال الولد يشمل الذكر
والانثى واما نفقة الولد على الاب فلما تلونا ولما ذكرنا من المعنى وروى الخصاف والحسن ان الولد البالغ نفقته
على الابوين اثلاثا باعتبار الارث بخلاف الولد الصغير حيث تجب نفقته على الاب وحده لان الاب يختص بالولاية
في الصغير فكذا في النفقة بخلاف الكبير والظاهر الاول **قال** وللقريب محرم فقير عاجز عن الكسب بقدر
الارث لو موسرا يعني تجب النفقة لكل ذي رحم محرم اذا كان عاجزا عن الكسب لصغره او لانوثته او لعمى
او لزمن وكان هو موسرا لتحقق العجز بهذه الاعذار والقدرة عليه باليسار وتجب ذلك بقدر الارث
لقوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك فجعل العلة هي الارث فيتقدر الوجوب بقدر العلة وفي قراءة ابن
مسعود وعلى الوارث ذي الرحم المحرم وهي مشهورة فجاز التقييد بها وتجب على ذلك لانه حق مستحق
عليه وشرطه ان يكون عاجزا عن التكسب فان القادر عليه غني به بخلاف الابوين لانهما يتضرران بدون
الولد ما مورا به بدفعه عنهما وشرطه ان يكون موسرا لانه اذا كان معسرا فهو عاجز ولا تجب هذه
النفقة على العاجز بخلاف نفقة الزوجة واولاده الصغار لانه التزمه بالعقد فلا يسقط بالفقر وقيل اذا
كان فقيرا زمنا او اعمى او نحوه تجب نفقته في بيت المال المسلمين كنفسه وان كان كبيرا لا تجب عليه نفقته
الا اذا كان موسرا والابن فقيرا زمنا ونحوه او يكون من اعيان الناس يلحقه العار بالتكسب او طالب
علم لا يتفرغ لذلك وذكر الخصاف ان الاب اذا كان عاجزا والابن فقير كسوب ينفق على الاب فضل كسبه
واما اذا كان الاب كسوبا لا تجبر الابن عليه في رواية وتجبر في اخرى لانه يلحقه الضرر بالكسب وجه الاول
ان الكسوب لا تجب على نفقة كسوب اخر وتجب الابن اذا كان موسرا على نفقة اولاد ابيه الصغار لان الفقير
كالميت فيجب عليه نفقة اخوته ذكره في المحيط وفيه ان الابن تجب على نفقة امراة ابيه ذكره هشام عن ابي يوسف
وذكر الخصاف ان نفقة خادم الاب لا تجب على الابن الا اذا كان محتاجا اليه واليسار هنا مقدر بنصاب حرمان الصدقة
الزكوة عند ابي يوسف لانه هو المعتبر لوجوب المواساة عليه في الشرع كصدقة الفطر وعن محمد انه قدره بما فضل
عن نفقة نفسه وعياله
شهرا ان كان من اهل
الغلة وان كان من اهل
الحرف فهو مقدر بما يفضل
عن نفقته ونفقة عياله كل
يوم لان المعتبر في حقوق
العباد القدرة دون النصاب
وهو مستغن عما زاد على
ذلك فيصرفه الى اقاربه اذ
المعتبر في حقوق العباد القدرة
دون النصاب وقالوا الفتوى على الاول
قال
للعقاري النفقة تجب اذا كان
الابن غائبا والاب فقير
فاذا له ان يبيع العروض من مال
ولده للنفقة ولا يجوز له

ان يبيع العقار وهو استحسان وهذا عند ابي حنيفة والقياس ان لا يجوز وهو قولهما لان ولايته زالت ببلوغ الولد
رشيدا الا انه يبيعه تحصينا كالوصي وليس في بيعه في هذه الحالة تحصين ولهذا لا يملكه حال حضرته ولا في دين له عليه
سوى النفقة خصاف كالام وغيرها من مستحق النفقة وليس للقاضي ان يحكم به ولاية لانه قضاء على الغايب **وله** ان للاب
حفظ مال ولده الغايب كالوصي بل اولى لان الوصي يستفيد الولاية من جهته فمن المحال ان لا تكون له الولاية وغيره يستفيدها
منه وبيع المنقول من باب الحفظ لانه يخشى عليه التلف ولهذا يملكه الوصي بخلاف العقار لانه محصن بنفسه فلا يكون بيعه من الحفظ
ثم اذا باع العروض صار الثمن من جنس حقه فله ان ينفق منه بخلاف غيره من الاقارب لانهم ليس لهم ولاية الحفظ في ماله
للاب لقدرته عليه وفي المسئلة نوع اشكال وهو ان يقال اذا كان للاب حال غيبة ابنه ولاية الحفظ اجماعا فما المانع له من
من البيع بالنفقة عندهما او بالدين عند الكل **قال** ولو انفق مودعه على ابويه بلا امر ضمن اي لو انفق مودع الغايب
على ابوي الغايب بغير امر القاضي ضمن المودع لتصرفه في مال غيره من غير ولاية ولا نيابة بخلاف ما اذا امره القاضي لانه
يلزم لولايته عليه ولا يقال انه ينبغي ان لا يضمن لان للابوين فيه حقا وله ان ياخذا منه بغير حكم لانه اذا ظفرا به
لانا نقول جواز الاخذ لهما منه عند الظفر به لا ينفي الضمان عنه عند دفعه كالمودع يقضي بالوديعة دين المودع ثم
اذا ضمن لا يرجع عليهما به لانه بالضمان ملكه مستندا الى وقت التعدي فتبين انه تبرع بملكه فصار كما لو قضى بالوديعة
دين المودع وذكر في الغاية معزيا الى النوادر اذا لم يكن في مكان يمكن استطلاع راي القاضي فلا يضمن استحسانا وعلى
هذا لو مات بعض الرفقة في السفر فباعوا قماشه وعدته وجهزوه بثمنه وردوا البقية الى الورثة او اغمي عليه فانفقوا
عليه من ماله لم يضمنوا استحسانا وروي ان جماعة من اصحاب محمد حجوا فمات واحد منهم واخذوا ما كان معه فباعوه
خليا وصلوا الى محمد سالهم فذكروا له ذلك فقال لو لم تفعلوا ذلك لم تكونوا فقهاء والله يعلم المفسد من المصلح
قال ولو انفقا ما عندهما لا اي لو كان للغايب مال عند ابويه فانفقا على انفسهما منه وهو من جنس النفقة
لم يضمنا لان نفقتهما واجبة عليه قبل القضاء فاستوفيا حقهما **قال** ولو قضي بنفقة الولاد والقريب ومضت
مدة سقطت لان نفقة هولاء باعتبار الحاجة وقد وقعت الغنية عن الماضي بخلاف نفقة الزوجة لانها لا تجب باعتبار الحاجة ولهذا
تجب مع يسارها فلا تسقط بالاستغناء بمضي الزمان لما فيه من معنى المعاوضة وعلى هذا الوجه ترتبت النفقة المعجلة او
او الكسوة يفرض لذوي الارحام مدة بعد اخرى الى ما لا يتناهى لتحقق حاجته ولا يفرض للزوجة بشيء لعدم
اعتبار الحاجة في حقها وبعكسه لو بقيت النفقة المفروضة مدة بعد الموت يفرض للزوجات ولا يفرض لذوي
الارحام وعلى هذا لو استلفها نفقة مدة ثم مات احدهما قبل المدة يسترد في الزوجات عند محمد دون الاقارب
وذكر في الغاية معزيا الى الذخيرة ان نفقة ما دون الشهر لا تسقط لانها لو سقطت بالمدة اليسيرة لما امكنهم
استيفاؤها فقدر الفاصل بالشهر وقال في الحاوي نفقة الصغير دينا بالقضاء دون غيره **قال** الا ان
ياذن القاضي بالاستدانة لان للقاضي ولاية عامة فصار اذنه كامر الغايب فلا يسقط بمضي المدة وفي زكوة الجامع

جعلهم الله تحت

جعلهم الله تحت ايديكم فمن كان اخوه تحت يده فليطعمه مما ياكل وليلبسه مما يلبس ولا تكلفوهم
ما يغلبهم وان كلفتموهم فاعينوهم متفق عليه وروي عن علي رضي الله عنه انه قال كان اخر كلام رسول الله عليه
الصلاة والسلام الصلاة الصلاة اتقوا الله فيما ملكت ايمانكم رواه احمد وابو داود وقال انس كان النبي عليه السلام عامة
وصيته ذلك حين حضرته الوفاة وهو يغرغر وقال عليه الصلاة والسلام كفى بالمرء اثما ان يضيع من يقوت
وقال في الغاية الحديث محمول على الاستحباب وفيه نظر **قال** فان ابى ففي كسبه والا امر ببيعه اي
ان امتنع المولى من الانفاق عليه فنفقته في كسبه ان كان له كسب لان فيه نظرا لهما ببقاء المملوك حياة وبقاء
ملكه فيه وان لم يكن له كسب بان كان زمنا او اعمى او جارية لا يوجر مثلها اجبر على البيع لانه من اهل الاستحقاق
وفي البيع ابقاء حقه وليس فيه ابطال حق المولى لان الثمن يقوم مقامه الا ابطال الى خلف كلا ابطال بخلاف
الزوجة حيث لا يفرق بينهما لانه ابطال لا الى خلف فلا يصار اليه بل يقال لها استديني عليه كيلا يبطل
حقها بخلاف المملوك حيث لا يومر بالاستدانة لانه لا يجب بخلاف ساير الحيوانات لانها ليست من اهل
الاستحقاق فلا يجبر على الانفاق عليها ولا على بيعها ولكنه يفتى فيما بينه وبين الله تعالى ان ينفق عليها او
يبيع لنهيه عليه الصلاة والسلام عن تعذيب الحيوان وعن اضاعة المال وفي غير الحيوان يكره له ان لا ينفق
عليها ولا يفتى ذكره في النهاية وعن ابي يوسف انه يجبر في الحيوان والاصح الاول ولو كانت الدابة مشتركة
بين رجلين وطلب احدهما من القاضي ان يامره بالنفقة حتى لا يكون متطوعا بالانفاق عليها فالقاضي يقول
للابي اما ان تبيع نصيبك منها او تنفق عليها هكذا روي عن الخصاف وفي المحيط تجبر صاحبه لانه لو لم تجبر
لتضرر شريكه بهلاك الدابة وهو من اهل الاستحقاق بخلاف المدبر وام الولد اي مولاهما من الانفاق
عليهما التسبا والكلام كسبهما وان لم يكن لهما كسب اجبر المولى على الانفاق عليهما لانهما لا يقبلان النقل
بالبيع وغيره بخلاف المكاتب حيث لا يومر في حقه بشيء لانه كالحر اذ هو خارج عن ملك المولى يدا وهل للعبد
ان يتناول من مال المولى اذا امتنع من الانفاق عليه ينظر ان كان قادرا على الكسب ليس له ذلك الا اذا نهاه عن
الكسب وان كان عاجزا عن الكسب فله ذلك

كتاب الاعتاق

قال هو اثبات القوة الشرعية
للمملوك هذا في الشرع لانه به يصير قادرا على التصرفات الشرعية حتى صار به اهلا للتصرفات والشهادات
والولايات على التصرف في الاغيار وعلى دفع تصرف الاغيار عن نفسه باثبات قوة حكمية وان الضعف حكمي
والعتق والعتاق في اللغة القوة مطلقا وعتاق الطير جوارحها سميت به لاختصاصها بمزيد القوة وعتق
الفرخ اذا قوي وطار من وكره والحرية عبارة عن الخلوص لغة يقال ارض حرة لا خراج فيها وفي الشرع
عبارة عن خلوص حكمي يظهر في حق الادمي بانقطاع حق الاغيار عن نفسه واثبات هذا الوصف الحكمي يسمى
اعتاقا وتحريرا وهو تصرف مندوب اليه قال عليه الصلاة والسلام من اعتق رقبة مسلمة اعتق الله بكل

وبما يعبّر به عن البدن وعتيق ومعتَق ومحرّر وحرّرتك واعتقتك نواه اولا اي يصحّ العتق من حرّ
بالغ عاقل اي يصحّ العتق من حرّ بالغ عاقل بقوله لمملوكه انت حرّ او بقوله انت عتيق او معتَق او محرّر
او حرّرتك او اعتقتك او آتي بدل قوله انت بما يعبّر به عن جميع البدن كقوله وجهك حرّ او راسك او رقبتك
او عتقتك او قال لامته فرجك حرّ نوى به العتق او لم ينوِ شرط ان يكون حرًّا احترازًا وهو البالغ
العاقل لان العتق لا يقع الا في الملك والعبد لا ملك له والصبيّ والمجنون ليسا من الاهل لكونه جنونًا
او لعدم الاهلية ولهذا لا يملكه الوليّ عليهما فصار حالهما منافيًا ولهذا لو اضافاه الى تلك الحالة بان
قالا اعتقته وانا صبيّ او مجنون وجنونه معهود لم يعتق وكذا لو قال في حال صباه او جنونه اذا
بلغتُ او افقتُ فهو حرّ لم ينعقد لان قوله غير ملزم وشرط ان يكون العبد مملوكًا له لقوله عليه
الصلاة والسلام لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم وشرط ان يكون مضافًا الى الجملة او الى ما يعبّر به عن
الجملة كقوله انت حرّ او راسك حرّ او نحو ذلك لان التحرير يقع في جملة الاعضاء فلا بدّ من الاضافة
اليها او الى ما يعبّر به عنها وقال نوى او لم ينوِ لان هذه الالفاظ صريح في العتق لاختصاص
استعمالها فيه او لغلبته فلا يحتاج فيها الى النية لما عرف في موضعه ولو قال اردت به الاخبار الباطل
او انه حرّ من العمل صدّق ديانةً لا قضاءً لانه يحتمل كلامه لكنه خلاف الظاهر باعتبار الاستعمال
والقاضي يحكم بالظاهر والله يتولّى السرائر ولو قال اردت به انه كان حرًّا في وقت من الاوقات
ينظر ان كان العبد من السبي يدين وان كان مولّدًا لا يدين هكذا ذكره في الغاية **قال** وبلا ملك
ولا رقّ ولا سبيل لي عليك ان نوى اي بقوله لا ملك لي عليك ولا رقّ لي عليك ولا سبيل لي عليك عتق
ان نوى لان نفي هذه الاشياء يحتمل ان يكون بالبيع والكتابة والعتق وانتفاء السبيل يحتمل بالعتق و
بالارضاء حتى لا يكون له سبيل في اللوم والعقوبة فصار مجملًا والمجمل لا يتعيّن بعض وجوهه الا بالنية
بخلاف قوله لا سلطان لي عليك لان السلطان عبارة عن اليد او الحجّة ونفيهما لا يدلّ على انتفاء الملك كما
في المكاتب ولئن احتمل زوال اليد بالعتق فهو محتمل المحتمل فلا يعتبر بخلاف نفي السبيل لان مطلقه ينبئ عن
العتق لان للمولى سبيلًا على مملوكه وان كان مكاتبًا لان ملكه باقٍ فيه وقال الكرخي فيه تصرّف ولم ينتج
لي الفرق بينهما والفرق ما بيّناه وكذلك كنايات العتق مثل قوله خرجتَ من ملكي وخلّيت سبيلك
ولو قال اطلقتك ونوى به العتق يعتق لانه بمنزلة قوله خلّيت سبيلك بخلاف قوله طلّقتك او انت
باين خلافًا للشافعي رحمه الله وعلى هذا الخلاف سائر كنايات الطلاق هو يقول ان بين اللفظين اتصالًا
من حيث ان عمل كلّ واحد منهما الاسقاط ما يملك **ولنا** ان العتق اثبات القوّة على ما بيّنا والطلاق رفع
القيد لان العبد كالجماد وبالعتق يحيى فيقدر على التصرّفات الشرعية والمراة قادرة بعد التزوّج على حالها

[illegible]

فالموضع

فالموضوع لا يُضعّف للجواز استعارته للاقوى بخلاف العكس وهذا الاصل مستمرّ لان من شرط المجاز
ان لا يكون عمل اللفظ في محل المجاز اقوى من عمله في محل الحقيقة وبخلاف قوله اطلقتك لانه عبارة عن
التسييب فصار بمنزلة قوله خلّيت سبيلك ولهذا لا يختصّ بالنكاح **قال** وهذا ابني او ابي
او امّي او هذا مولاي او يا مولاي او يا حرّ او يا عتيق اي بهذه الالفاظ يقع بها العتق امّا قوله
يا حرّ او يا عتيق فلانه صريح فيه لانه وُضع له وقد غلب عليه الاستعمال فيه والنداء لاستحضار
المنادى موصوفًا بالوصف المذكور فيقتضي تحقيق الوصف اذا امكن ثبوته من جهته وقد امكن ثبوته
من جهته فيثبت تصديقًا له بخلاف ما اذا قال له يا ابني على ما يجيء من الفرق الا انه اذا كان اسمه حرًّا
فناداه يا حرّ لان مناداة الاعلام باسم العلم لا لاثبات هذا الوصف لان الاعلام لا يراعى فيها
المعاني حتى لو ناداه بلفظ آخر كعتيق واراد عتق لان الاعلام لا تغيّر وامّا قوله هذا مولاي
او يا مولاي فلان اسم المولى وان كان يحتمل اشياء النّاصر كما قال الله تعالى ذلك بان الله
مولى الذين آمنوا وان الكافرين لا مولى لهم وابن العمّ كما قال تعالى حكاية عن زكريّا واني خفت
الموالي والموالاة في الدين والمولى الاعلى والاسفل لكن الاسفل يتعيّن له لاستحالة غيره لان المولى
لا يستنصر بمملوكه عادةً وله نسب معروف والموالاة نوع مجاز فلا يزاحم الحقيقة واضافته الى العبد
تنافي كونه المولى الاعلى فتعيّن المولى الادنى ضرورة تصحيحًا لكلامه فالتحق بالصريح فلا يحتاج فيه
الى النية واستوى فيه الخبر والنداء او الانشاء كالصريح وكذا اذا قال لامته هذه مولاتي او يا مولاتي
لما ذكرنا ولو قال اردت به الموالاة في الدين او الكذب لا يصدّق قضاءً لكونه خلاف الظاهر وقال
زفر لا يعتق بقوله يا مولاي الا بالنية لانه يراد به الاكرام عادةً لا التحقيق كقوله يا سيدي يا مالكي
قلنا الكلام محمول على حقيقته ما امكن وحقيقته ان يكون له عليه ولاء وقد تعيّن الاسفل لذلك بخلاف قوله
يا مالكي لانه ليس فيه ذكر ما يقتضي اعتاقه اياه ولا يمكن اثبات هذه الصفة من جهته وقال في الكافي يعتق اذا قال يا
سيّدي ونوى به العتق وامّا قوله هذا ابني او ابي او امّي فلان وجه الدلالة له القيام ملكه فيثبت به
نسبه اذا كان يولد لمثله او لمثلهما يولد ذلك واذا ثبت عتق عليه لانه يستند بالنسب الى وقت العلوق في الولد فيتبيّن
انه علق حرًّا اذا كان العلوق في ملكه والابن انه عتق من وقت ملكه وكذا في غيره وان كان لا يولد مثله لمثله
او مثله لمثلهما او كان الولد ثابت النسب من غيره لا يثبت به للتعذّر ويعتق لانه يجعل مجازًا عن التحرير لكونه من
لوازمه بطريق الاستعارة فيه لان البنوّة والابوّة سبب لحرّية المملوك وعندهما ان كان لا يولد مثله لمثله او
مثل المدّعي لمثلهما لا يعتق لانه محال فيردّ كما اذا قال اعتقتك قبل ان تخلق او قبل ان اخلق ولابي حنيفة
انه صحيح مجازه وان كان مستحيلًا حقيقةً لكونه اخبارًا عن حرّيته من حين ملكه فيصار اليه كما لو خلق لا يا كل

[illegible]

42

مبتدا او خبرا صح يكون عاملا لان المجاز لحكم الذي يقبله المحل بطريق المجاز ولا معنى لما قال لان المجاز ماخوذ من
جاز يجوز اذا انتقل والانتقال من اوصاف الالفاظ فان اللفظ هو الذي ينقل من الموضوع له الى غيره واما
المعاني فلا يمكن نقلها حتى تجعل مجازا خلفا عن الحقيقة وعلى هذا التخريج قوله لعبده هذا احد او هذا الحمار
كذا لو قال لك علي الف او علي هذا الجدار فعنده يعتق ويلزمه الالف لصحة التكلم به وان لم يمكن ثبوت الحرية والدين
في مطلق احدهما خلافا لهما لاستحالة ثبوت الحقيقة ثم قيل لا يحتاج الى التصديق العبد لان اقرار المالك على مملوكه
يصح من غير تصديقه وقيل يشترط تصديقه فيما سوى دعوة البنوة لان فيه حمل النسب على الغير فيكون فيه الزام العبد بعد
الولاية فيشترط تصديقه ولو قال لصغير هذا جدي او قال لعبده هذا ابني قيل على الخلاف وقيل لا يعتق بالاجماع
لان الاول موجب له في الملك الا بواسطة وهو الاب وهي غير ثابتة بكلامه فتعذر ان تجعل مجازا عن
الموجب بخلاف البنوة والابوة لان لهما موجبا في الملك من غير واسطة واما الثاني فالمشار اليه يعتق
في ظاهر الرواية لما انه لا موجب له في الملك الا بواسطة وعن ابي حنيفة انه يعتق لما ذكرنا ان صحة المجاز
تعتمد صحة التكلم به عنده **قال** لا بيا ابني ويا اخي ولا سلطان لي عليك والفاظ الطلاق وانت مثل الحر
اي لا يعتق بقوله يا ابني ويا اخي الى آخره واما عدم الوقوع بقوله يا ابني فلان النداء لا علام المنادى باستحضاره
موصوفا بالوصف المذكور غير انه ان امكن اثباته من جهته ثبت تصديقا له كما قلنا في قوله يا حر وان لم يمكن اثباته
من جهته لا يثبت للتعذر والبنوة منه لانه لا يمكن اثباتها بقوله هذا ابني اذا لم تخلق من مائه بخلاف الحرية في قوله
يا حر وكذا في قوله يا اخي لما ذكرنا ولانه لا يمكن اثباته الا بواسطة وتلك لم تثبت وكذا لو قال يا ابن او يا بني او يا بنية
لانه لم يضف الى نفسه ولم يدع انه ابن له وانما ذكر لفظ ابن مكبرا او مصغرا وذلك لا يوجب العتق لانه كما لو قال
هو ابن ابيه ولانه لو لم يكن مناديا بان قال هذا ابن لم يعتق لما ذكرنا في النداء اولى واما قوله لا سلطان
لي عليك فلان السلطان هو الحجة قال الله تعالى او ليأتيني بسلطان مبين اي الحجة ويذكر ويراد به اليد والاستيلاء
سمي السلطان به لقيام يده واستيلائه فصار كانه قال لا حجة لي عليك ولو نص على ذلك لم يعتق ولو نوى فكذا
هذا ولانه لما صار عبارة عن اليد والحجة صار نفيه تعرضا لنفي اليد والحجة لا الملك واليد تنتفي بالكتابة والرهن
والاجارة وغير ذلك فلا يلزم منه انتفاء الملك ولو عتق به لنفي الملك واليد به وهو اكثر مما وضع له وهو الحجة
بخلاف قوله لا ملك لي عليك لانه يفيد انتفاء الملك وهو يحتمل ان يكون بالعتق او بالتمليك لغيره فان نواهما صح
فان لم يكن له نية حمل على الادنى فلا يعتق وبخلاف قوله لا سبيل لي عليك لان للمولى سبيلا على مملوكه وان صح منه
بالكتابة او غيره فنفيه مطلقا يفيد نفي الملك وذلك بالعتق او غيره فاذا نواه صح وعتق والا فلا لما ذكرنا في قوله لا ملك لي
عليك واما الفاظ الطلاق فقد ذكرناه وذكرنا فيه خلاف الشافعي في قوله لا سبيل لي عليك واما قوله انت مثل الحر فلانه اثبت
المماثلة بينهما وهي قد تكون عامة وقد تكون خاصة فلا يعتق بلا نية للشك **قال** ويعتق بما انت الا حر اي يعتق

اذا كان محرما له ولو كان المالك صبيا او مجنونا يصح وقال الشافعي لا يعتق الا الولاد ولان العتق اقوى
الصلات فيناط باقرب القرابات هي الولاد لمكان الجزئية وغير الولاد ملحق بالاجانب في حق الاحكام
كوضع الزكاة والشهادات وحل الحليلة وامتناع التكاتب عليه فكذا في حق هذا الحكم ولا يمكن
الحاقها بالولادة قياسا او استدلالا لانها تنزل عنها في قرابة الولاد **ولنا** قوله عليه الصلوة والسلام من ملك ذا رحم
محرم منه فهو حر رواه ابو داود وغيره وروي عن عمر وابن مسعود مثله وعن كثير من التابعين كذلك
ولان القرابة المؤثرة في حرمة النكاح هي المؤثرة في حرمة القطع وهذا لان النكاح انما حرم بهذه القرابة صيانة
للقريب عن ذل ملك النكاح والاستفراش فهذا يؤدي الى قطيعة الرحم وملك اليمين في ذلك ابلغ فكان اولى
بالمنع صيانة وللصيانة عن القطع حرم الجمع بين المحارم على ما روي انه عم قال انكم اذا فعلتم ذلك قطعتم ارحامهن
اشار الى المنافرة التي تكون بين الضرائر قال الله تعالى واتقوا الله الذي تساءلون به والارحام اي اتقوا الله ان
تعصوه واتقوا الارحام ان تقطعوها فثبت بهذا ان الارحام هي التي تجب صيانتها ووصلها وتحرم قطعها
فكل ما كان فيه الذل اقوى في القطيعة فيه اشد فكانت الصيانة عنه اوجب والتعليل بالولاد والجزئية لا ينافي
التعليل بغيره ولجواز ترادف العلل على ما عرف في موضعه ولا فرق في ذلك بين ان يكون صغيرا او كبيرا مسلما
او كافرا في دار الاسلام وانما لا يتكاتب على المكاتب لانه لا ملك له في الحقيقة ولهذا لا يفسد النكاح اذا اشترى امرأته
وتحل له الصدقة وانما له التكسب خاصة وقرابة الولاد تجب صلتها بالتكسب فلهذا تجب نفقة الولاد على
المكسوب دون غيرهم من الاقارب فكذا التكاتب على انه يكاتب عليه في رواية عن ابي حنيفة وهو قولهما فلنا
ان نمنع والتفاوت في الاحكام التي ذكرها لا توجب تفاوتا في الكل الا ترى ان قرابة الولاد ايضا تتفاوت
احكامهم في بعض الاشياء كجريان القصاص حتى لا يقتل الوالد بولده ويقتل الولد بالوالد وكذا تجب نفقة
اولاد الصغار عليه وان كان فقيرا او على المكسوب نفقة الاباء دون اولاده الكبار ثم لا تاثير لهذا الاختلاف
في عدم العتق بالملك فكذا فيما ذكره ولو ملك الحربي قريبه في دار الحرب لم يعتق عندهما خلافا لابي يوسف وكذا المسلم
لو ملك قريبه فيها لم يعتق وكذا لو اعتق الحربي او المسلم عبدا في دار الحرب لم يعتق عندهما ويعتق عنده هو يقول
انه مالك رقبته فيملك ازالته بالعتق وهما يقولان انه معتق بلسانه مسترق ببيانه لانه تحت يده وقهره ولو
طرأ الاستيلاء على الحربي ابطل حريته فالمقارن اولى ان يمنع الحرية حتى لو خلا سبيله وازال يده عنه عتق لانه
لم يسترق ببيانه وان كان العبد مسلما او ذميا عتق بالاجماع لانهما ليسا بمحل الاسترقاق بالاستيلاء **قال**
ويتحرر لوجه الله او للشيطان او الصنم وبكره وسكران اي يعتق العبد باعتاقه لوجه الله او للشيطان
او للصنم او بالاكراه او سكر بان اعتقه وهو سكران او مكره لان الاعتاق هو الركن المؤثر في ازالة الرق
وصفة القربة لا تاثير لها في ذلك الا ترى ان العتق بالمال والكتابة مشروعان وان عريا عن صفة القربة فلا ينعدم

[illegible]

عنه رضي الله عنه انه قال من تكلم بنكاح او طلاق او عتاق فهو جائز عليه وقد بيناه في كتاب الطلاق باكثر من هذا
قال وان اضافه الى ملك او شرط صح اي ان اضاف العتق الى ملك بان قال ان ملكتك فانت حر او
علقه بشرط بان قال لعبده ان دخلت الدار فانت حر جاز لانه من الاسقاطات وفي الاول خلاف الشافعي
وقد بينا الوجه في كتاب الطلاق واذا خرج عبد الحربي الينا مسلما عتق لقوله عليه الصلاة والسلام في عبيد الطائف
حين خرجوا اليه مسلمين هم عتقاء الله تعالى ولانه احرز نفسه وهو مسلم ولا استرقاق على المسلم ابتداء و
ذكر وللعتق اسبابا كثيرة منها الاعتاق ومنها دعوى النسب ومنها الاستيلاد ومنها ملك القريب ومنها
زوال يد الكافر عن عبده المسلم كما ذكرنا في عبيد الطائف ومنها اذا اقر بحرية عبد انسان ثم ملكه ولو قال لعبد
انت عتيق فلان عتق عليه لاقراره بحريته والفاظ العتق تنقسم الى ثلاثة اقسام صريح وكناية وما يجري
مجرى الصريح والاعتاق على وجوه منجز ومعلق ومضاف الى ما بعد الموت وكل ذلك يتنوع الى نوعين
ببدل وغير بدل وكل ذلك ينقسم الى ثلاثة اقسام قربة ومعصية ومباح كالعتق لاجل انسان او بلا نية
قال ولو حرر حاملا عتقا اي لو اعتق امة حاملا عتقت هي وحملها لانه تبع لها اذ هو متصل بها وقال
ابو يوسف اذا خرج اكثر الولد فاعتق الام لا يعتق الولد لانه كالمنفصل في حق الاحكام الا ترى انه به تنقضي
العدة ولو مات في هذه الحالة يرث بخلاف ما اذا مات قبل خروج الاكثر قال وان حرره عتق فقط
اي ان اعتق الحمل عتق وحده دون الام لم يضف اليها الاعتاق ولا يمكن جعلها تبعا للحمل لما فيه من قلب
الموضوع فلا يعتق والحمل محل للعتق ولهذا يعتق تبعا للام فلان يعتق اذا افرده اولى وانما لم
يصح بيعه ولا هبته لان التسليم في الهبة والقدرة عليه في البيع شرط الجواز وشيء من ذلك ليس بشرط في
العتق ولهذا جاز عتق الآبق دون بيعه وهبته ولانه اعتاق على تقدير انفصاله حيا لان العتق
يقبل الاضافة والتعليق فكانه علقه بكونه حيا بخلاف البيع والهبة فافترقا ولو اعتق الحمل على مال
بان شرطه المعتق على الام صح العتق ولا يجب للمولى على امته المال على الجنين بعدم ولاية الغير عليه ولا
على الام لان اشتراط بدل العتق على الاجنبي غير المعتق لا يجوز ولانه لا يجب للمولى على امته دين
وانما قلنا لا يجوز اشتراط بدل العتق على الاجنبي لانه معاوضة واشتراط العوض على من لم يسلم له
العوض لا يجوز كالثمن والاجارة بخلاف بدل الخلع والقصاص حيث يجوز اشتراطه على الاجنبي
لان القاتل والمراة لا يستفيدان بالعقد شيئا وانما يسقط عنهما حق الغير ومع هذا جاز اشتراطه
عليهما فكذا على الاجنبي لكونه مثلهما في هذا المعنى اعني في عدم حصول الفائدة واما العبد فانه يملك نفسه
بالاعتاق ويثبت له قوة حكمية لم تكن له من قبل فان نفسه كانت مملوكة لمولاه فكان العتق على مال في معنى
المعاوضة وسلم العوض للعبد فلا يجوز اشتراط العوض على غيره وانما يعرف قيام الحمل وقت الاعتاق

فحينئذ

بيان اسباب العتق

فحينئذ يعتق لانه كان موجودا حين اعتقه الا ترى انه يثبت نسبه منه ومن ضرورته وجوده عنده قال
والولد يتبع الام في الملك والحرية والرق والتدبير والاستيلاد والكتابة لاجماع الامة عليه ولان ماءه
يكون مستهلكا بمائها فيترجح جانبها ولانه متيقن به من جهتها ولهذا يثبت نسب ولد الزنا وولد الملاعنة
منها حتى ترثه ويرثها ولانه قبل الانفصال هو كعضو واحد من اعضائها حسا وحكما حتى يتغذى بغذائها
وينتقل بانتقالها ويدخل في البيع والعتق وغيرهما من التصرفات تبعا لها فكان جانبها ارجح ولذلك يعتبر
جانب الام في البهائم ايضا حتى لو تولد بين الوحشي والاهلي او بين المأكول وغير المأكول يؤكل اذا كانت
امه مأكولة وتجوز الاضحية به اذا كانت امه مما تجوز الاضحية بها فحاصله ان الولد يتبع امه فيما ذكرنا
والاب في النسب لانه للتعريف والام لا تشتهر وضيعة الدين وقد يطلب ايتبع الام في الرق والملك والفرق
بينهما ان الرق هو الذل الذي ركبه الله تعالى على عباده جزاء استنكافهم عن طاعته وهو حق الله تعالى او حق العامة على
ما اختلفوا فيه والملك هو الذي يتمكن الشخص من التصرف فيه وهو حقه واول ما يؤخذ الماسور يوصف با
لرق ولا يوصف بالملك الا بعد الاخراج الى دار الاسلام والملك يوجد في الجماد والحيوان وغير الآدمي دون الرق
وبالبيع يزول ملكه دون الرق وبالعتق يزول ملكه قصدا لانه حقه ويزول الرق ضمنا ضرورة فراغه عن حقوق
العباد ويتبين لك الفرق بينهما في القن وام الولد والمكاتب فان الرق والملك كاملان في القن ورق ام الولد
ناقص حتى لا يجوز عتقها عن الكفارة والملك فيها كامل والمكاتب رقه كامل حتى جاز عتقه عن الكفارة وملكه ناقص حتى
خرج من يد المولى ولا يدخل تحت قوله كل مملوك لي حر قال وولد الامة من سيدها حر لانه مخلوق من مائه
فيعتق عليه ولا يعارضه ماء الامة لان ماءها مملوك له بخلاف امة الغير لان ماءها مملوك لسيدها فتحققت
المعارضة فترجح جانبها بما ذكرنا والزوج قد رضي بذلك لعلمه به بخلاف ولد المغرور لانه لم يرض الوالد
به ولهذا اعتق قلنا علق حرا في حقه ولا يبيعها الولد والله اعلم بالصواب

باب العبد يعتق بعضه

قال من اعتق بعض عبده ولم يعتق كله وسعى فيما بقي وهو كالمكاتب وهذا عند ابي
حنيفة رحمه الله وقالا يعتق كله فاصله ان الاعتاق يوجب زوال الملك عنه وهو متجزئ وعندهما يوجب زوال الرق
وهو غير متجزئ واما نفس الاعتاق او العتق لا يتجزأ بالاجماع لان ذات القول وهو العلة وحكمه وهو نزول
الحرية فيه لا يتصور فيه التجزي وكذا الرق لا يتجزأ بالاجماع لانه ضعف حكمي والحرية قوة حكمية فلا يتصور اجتماعها
عقلا في شخص واحد فاذا ثبت هذا فابو حنيفة اعتبر جانب الرق فجعل كله رقيقا على ما كان وقال زال ملكه
عن البعض الذي اعتقه ولم يكن ذلك البعض حرا وهما اعتبرا جانب الحرية فصار كله حرا لهما على ذلك قوله عليه السلام من
اعتق شقصا له في عبد عتق كله ليس لله فيه شريك ولان الاعتاق اثبات العتق في المحل كله كالاعلام اثبات للعلم فلا
يتجزأ كالطلاق والاستيلاد والعفو عن القصاص ولابي حنيفة قوله عليه السلام من اعتق شقصا له في عبد كلف عتق بقيته

باب العبد يعتق بعضه

اعتق

فيبقى الرق على حاله لعدم ما يزيله لا قصدًا ولا ضمنًا بخلاف ما إذا أعتق كله حيث يزول الرق تبعًا لزوال الملك
لأن الرق كان لأجله فإذا امتنع عن حقوق العباد زال الملك ضرورة وكم من شيء يثبت ضمنًا وإن لم يثبت قصدًا
فإذا أبقى الملك في بعضه لا يزول الرق لبقاء حق العبد فيه فيبقى على ما كان وتجب السعاية عليه لاحتباس مالية
البعض عنده فصار كالمكاتب لأن الإضافة إلى البعض توجب ثبوت المالكية في الكل وبقاء الملك في البعض
يمنعه فعملنا بالدليلين بجعله مكاتبًا إذ هو مالك يدًا لا رقبة والسعاية كبدل الكتابة فله ذلك إن شاء وإن شاء
أعتقه لأنه قابل له كالمكاتب غير أنه لا يفسخ بالعجز بخلاف الكتابة وليس في الطلاق إلا التصرف في ملكه بالإزالة ولا
في العفو عن القصاص فجاز الكل قصدًا ولا لهما حالة متوسطة فأثبتناه في الكل ترجيحًا للمحرم والاستيلاد متجزٍّ
عنده حتى لو استولد نصيبه من مدبرة يقتصر عليه وفي القنة لما ضمن نصيب صاحبه بالإفساد ملكه بالضمان
فكمل الاستيلاد ولو قال بعضك حر أو جزء منك حر يؤمر بالبيان ولو قال سهم منك حر عتق سدسه و
عندهما يعتق كله في الكل لما ذكرنا **قال** وإن أعتق نصيبه فلشريكه أن يحرر أو يستسعي والولاء لهما أو
يضمن لو موسرًا ويرجع به على العبد والولاء له أي للمعتق وهذا عند أبي حنيفة وقالا ليس له إلا الضمان
مع اليسار والسعاية مع الإعسار والولاء للمعتق في الوجهين وهذا مبني على أصلين أحدهما ثبوت
الحرية في الكل بعتق البعض وعدم ثبوته وقد بيناه والثاني أن يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده وعندهما
يمنع لقوله عليه الصلاة والسلام في الرجل يعتق نصيبه إن كان غنيًا ضمن وإن كان فقيرًا سعى في
حصة الآخر قسم والقسمة تنافي الشركة وله أنه احتبس مالية نصيبه عند العبد فله أن يضمنه كما
إذا هبت الريح بثوب إنسان وألقته في صبغ غيره حتى انصبغ به فعلى صاحب الثوب قيمة صبغه موسرًا
كان أو معسرًا فكذا هنا غير أن العبد فقير فيستسعيه ثم المعتبر يسار التيسير لا يسار الغنى وهو أن
يملك من المال قدر قيمة نصيب الآخر فاضلًا عما يحتاج إليه من ملبوسه ونفقة عياله وسكناه لأن بذلك اعتدال
النظر من الجانبين بتحقيق ما قصده المعتق من القربة وإيصال بدل حق الساكت إليه ويعتبر حاله يوم الإعتاق حتى
لو أيسر بعده أو أعسر لا يعتبر لأنه حق وجب بنفس العتق فلا يتغير بعده وإن اختلفا فيه يحكم الحال إلا أن يكون
بين الخصومة والعتق مدة تختلف فيها الأحوال فيكون القول قول المعتق لأنه منكر وإن اختلفا في قيمة
العبد يوم العتق فإن كان قائمًا يقوم للحال وإن كان هالكًا فالقول للمعتق لأنه منكر وإن اتفقا على أن الإعتاق
سابق على الاختلاف فالقول للمعتق قائمًا كان العبد أو هالكًا وإن اختلفا في الوقت والقيمة فادعى الساكت بأنه
أعتقه للحال يحكم بالعتق للحال ويقتصر لأن الحادث يضاف إلى أقرب الأوقات وعلى هذا التفصيل لو اختلف
العبد والساكت ثم التخريج على قولهما ظاهر فعدم رجوع المعتق على العبد بعدما ضمن لعدم وجوب السعاية في حالة
اليسار والولاء للمعتق لأن العتق كله حصل من جهته لعدم التجزي وأما التخريج على قوله فخيار العتق لقيام ملكه
في الباقي إذ المراد ...

بأداء الضمان
... ضمن لقيام ... الساكت
... العبد ... العتق على العبد
والاستسعاء لاحتباس المالية
... الإعتاق وتوابعه
بالأداء ... حيث امتنع عليه
بالجناية ... المعتق على نصيبه

وقد كان للساكت الاستسعاء فكذا للمعتق ولأنه ملكه بأداء الضمان ضمنًا فيصير كأن الكل
له وقد أعتق بعضه فله أن يعتق الباقي أو يستسعي إن شاء والولاء للمعتق في هذا الوجه لأن العتق
كله من جهته حيث ملكه بأداء الضمان وفي حال إعسار المعتق الساكت بالخيار إن شاء أعتق
لبقاء ملكه وإن شاء استسعى لاحتباس ملكه عند العبد والولاء له في النصف لوجود العتق من جهته
بهذا القدر فيكون الباقي للآخر فيكون ولاء العبد حينئذ كأنه بينهما في الوجهين ولا يرجع العبد المستسعى على
المعتق بما أدى بإجماع أصحابنا لأنه أدى لفكاك رقبته بخلاف المرهون إذا أعتقه الراهن العبد لأنه
يسعى في دين على الراهن لأن رقبته تحررت وهو غير متبرع فيه فيرجع به عليه وعند ابن أبي ليلى يرجع به على
المعتق لأنه هو الملزم له كالمرهون وقد بينا الفرق بينهما وللساكت أن يدبره أو يكاتبه إن شاء لأن التدبير
نوع عتق والكتابة استسعاء وإن كان الشريك عبدًا مأذونًا له فإن كان عليه دين فله خيار التضمين والاستسعاء
وإن لم يكن عليه دين فالخيار للمولى فيكون له الخيارات الخمس إن كان موسرًا أو الأربع وإن كان الشريك صبيًا
فإن كان له ولي أو وصي فالخيار له وإن لم يكن له ذلك نصب القاضي له وصيًا أو ينتظر بلوغه وقال الشافعي إن كان
المعتق موسرًا أعتق ويضمن لشريكه قيمة نصيبه وإن كان معسرًا أعتق نصيبه ونصيب شريكه باق على حاله يتصرف
فيه شريكه كيف شاء من البيع وغيره سوى السعاية لقوله عليه الصلاة والسلام من أعتق عبدًا بين اثنين فإن كان
موسرًا قوم عليه ثم يعتق رواه البخاري وقال عليه الصلاة والسلام من أعتق شركًا له في عبد فكان له مال يبلغ ثمن العبد
قوم العبد عليه قيمة عدل فأعطى شركاءه حصصهم وعتق عليه وإلا فقد عتق منه ما عتق رواه البخاري ومسلم
ولأنه لا وجه إلى تضمين المشترك لإعساره ولا إلى السعاية لعدم جنايته ورضاه به ولا إلى إعتاق الكل للإضرار
بالساكت فتعين ما قلناه ولنا قوله عليه الصلاة والسلام من أعتق شقصًا له في مملوك فخلاصه عليه في ماله
إن كان له مال وإلا قوم عليه واستسعي به غير مشقوق عليه رواه البخاري ومسلم وغيرهما
وقال عليه الصلاة والسلام من أعتق نصيبًا له في مملوك فعليه أن يعتقه كله إن كان له مال وإلا استسعي العبد
غير مشقوق عليه رواه البخاري ومسلم وغيرهما وذكر الطحاوي عن عبد الرحمن بن إبراهيم بن يزيد قال كان
غلام لنا قد شهد القادسية فأبلى فيها وكان بيني وبين أخي الأسود وأمي فأرادوا أن يعتقوه
وكنت يومئذ صغيرًا فذكر ذلك الأسود لعمر بن الخطاب رضي الله عنه فقال أعتقوا أنتم فإذا بلغ فإن
رغب فيما رغبتم أعتق وإلا ضمنكم فبين أن له أن يعتق بعد البلوغ مع إيجاب الضمان عليهم ولا يمكن
ذلك إلا أن بقي رقيقًا والسعاية تثبت بما رويناه من الحديث وقال ابن حزم على ثبوت الاستسعاء ثلاثون
صحابيًا ولأن الاستسعاء لا يفتقر إلى الجناية بل ينبني على احتباس المالية على ما بينا فلا يصار إلى المحال
وهو الجمع بين الضعف والقوة الحكميتين وليس فيما رواه ما ينافي مذهبنا بل فيه دليل على ما نقول لأنه عليه

الصلاة والسلام قال في الحديث الأول فإن كان موسرًا قوم عليه ثم يعتق فكلمة ثم للتراخي فدل على أنه لا يعتق بعد ذلك إلا بإعتاقه أو بالسعاية وقال في الحديث الثاني وإلا فقد عتق منه ما عتق ... ولا التراخي ... وعتق عليه ... منه ما عتق ...

هذه الزيادة عن الثقة انه من قوله عليه الصلاة والسلام حتى قال ايوب ويحيى بن سعيد لا ندري اهو شيء في
الحديث او قاله نافع من قبله وهما الراويان لهذا الحديث وقال ابن حزم هي في المحلى مكذوبة **قال**
ولو شهد كل بعتق نصيب صاحبه يسعى لهما اي لو شهد كل واحد من الشريكين بعتق نصيب صاحبه بان
قال كل واحد منهما لشريكه اعتقت نصيبك منه سعى لهما العبد موسرين كانا او معسرين او كان احدهما
موسراً والآخر معسراً وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله لان كل واحد منهما يشهد على صاحبه بالعتق وعلى نفسه
بالتكاتب فلا يقبل قوله على صاحبه ويقبل قوله في حق نفسه فيمتنع به استرقاقه ويستعيد للتيقن به لانه
ان كان صادقاً فهو مكاتبه وان كان كاذباً فهو عبده ولا يختلف ذلك باليسار والاعسار عنده لان حق
الاستسعاء لا يبطل باليسار بل يثبت له الخيار وهنا تعذر التضمين لانكار الآخر فبقي الخيار بين الاستسعاء
والاعتاق والتدبير والكتابة على ما تقدم والولاء لهما لان كلا منهما يزعم انه عتق نصيبه من جهته
بالسعاية ورد قوله اعتقه شريكي وقبوله المال من العبد وقت السعاية او قبوله لا يتغير به ذلك لما
عرف ان نصيب الساكت رقيق على حاله ولهذا لا يعتق من العبد وفي السعاية شيء حتى يوفيهما السعاية
وقال ابو يوسف ومحمد ان كانا موسرين لا تجب عليه السعاية لان كلا منهما يتبرأ عنه بدعوى الضمان
على المعتق بدعواه لان كلا منهما موسر ويسار المعتق يمنع السعاية ولا تجب له الضمان على صاحبه لعجزه عن اقامة
البينة باعتاقه واقراره غير مقبول عليه وان كانا معسرين سعى لهما لان كلا منهما يدعي عليه السعاية فيقبل
قوله عليه صادقاً كان او كاذباً على ما بينا وان كان احدهما موسراً والآخر معسراً سعى للموسر منهما لانه لا يدعي
الضمان على صاحبه لاعساره وانما يدعي السعاية على العبد ولا يسعى للمعسر لانه يدعي الضمان على صاحبه ليساره فيكون
متبرئاً للعبد عن السعاية والولاء موقوف في جميع ذلك عندهما لانه للمعتق منهما وكل يحيله على صاحبه ويتبرأ
منه فيكون موقوفاً الى ان يتفقا على اعتاق احدهما **قال** ولو علق احدهما عتقه بفعل فلان غداً وعكس الآخر
ومضى ولم يدر عتق نصفه وسعى في نصفه لهما اي لو علق احد الشريكين عتق العبد المشترك بينهما بفعل
شخص بان قال احدهما ان دخل فلان الدار غداً فهو حر وعكس الآخر بان قال ان لم يدخل فلان تلك الدار
بعينها غداً فهو حر ومضى الغد ولم يدر ادخل ام لا عتق نصفه للتيقن بحنث احدهما ويسعى لهما في نصف قيمته
وهذا عند ابي حنيفة وكذا عند ابي يوسف ان كانا معسرين وقال محمد يسعى في كل جميع قيمته ان كانا معسرين على
ما يأتيك بيانه على التمام لمحمد رحمه الله ان المقضي عليه بسقوط السعاية مجهول فلا يمكن القضاء به مع الجهالة فصار
كما اذا قال لغيره لك على احدنا الف درهم فانه لا يقضى عليه بشيء للجهالة فكذا هذا ولان كل واحد منهما يدعي
حنث صاحبه وينفيه عن نفسه فيكون شاهداً على صاحبه بالعتق ضرورة فيسعى العبد لهما كالمسألة الاولى ولهما
انا تيقنا بحنث احدهما بسقوط نصف السعاية عن العبد فلا يجوز القضاء به مع التيقن بخلافه كمن حلف

احدى نسائه
الاربع قبل الدخول
فقبل ان مات قبل البيان
اوطلق بامرأة منهن ومات
معينة فنسيها ثم مات
فحل التذكر بسقط نصف
المهر للتيقن به
وان كان الفعل
عليها مجهول
بخلاف المسألة الاولى
لان المتيقن به جهالة
بصدق احدهما في
فيحتمل ان يكونا كاذبين
فلا يسقط ما كان ثابتا
بيقين باحتمال صدقهما
او صدق احدهما
على حالة

والجهالة تندفع بالتوزيع كما اذا اعتق احد عبديه بغير عينه ونسيه ثم مات قبل البيان او التذكير كما اذا
طلق احدى نسائه كما ذكرنا ولا يقال فيه ابطال حق احدهما بيقين وهو غير المعتق منهما بالتنقيص لانا
نقول هذا اهون من ابطال حق العبد بالاسقاط مع العلم به ثم عند ابي حنيفة تجب السعاية لهما في نصف قيمته
لكل واحد منهما الربع سواء كانا موسرين او معسرين او احدهما موسراً والآخر معسراً لما بينا وعند محمد ان
كانا معسرين سعى لهما في جميع قيمته لكل واحد منهما في النصف وان كانا موسرين لا يسعى لهما وان كان احدهما موسراً
والآخر معسراً سعى للموسر ولم يسع للمعسر وابو يوسف مع ابي حنيفة في المقدار ومع محمد في اعتبار اليسار
والاعسار وقد بينا مذهبهم فيما تقدم **قال** ولو حلف كل واحد منهما بعتق عبده لم يعتق واحد منهما يعني
لو حلفا على عبدين لكل واحد منهما احدهما والمسألة بحالها لم يعتق واحد منهما لان الجهالة في المقضي له تمنعها
حتى فامتنع القضاء وفي العبد الواحد المقضي له بالحرية وسقوط نصف السعاية عنه وهو العبد والمقضي به
وهو الحرية وسقوط نصف السعاية عنه وهو العبد والمقضي به وهو الحرية وسقوط نصف السعاية معلوم والمجهول
واحد وهو الحانث منهما فغلب المعلوم المجهول وفي هذه بالعكس لان المجهول هو الغالب فيها فامتنع القضاء
لذلك فان قيل يشكل هذا بما اذا كان بين رجلين عبد وامة فقال احدهما ان دخل فلان الدار اليوم فالعبد
حر وقال الآخر ان لم يدخل فالامة حرة ولم يعرف ادخل ام لا يعتق كل واحد منهما مع ان المقضي له بالعتق
والمقضي عليه مجهول **قلنا** كل واحد منهما اقر بفساد نصيبه في هذه المسألة لان كل واحد منهما يزعم
ان شريكه هو الحانث لان الحالف بعتق العبد يقول انا ما حنثت وانما حنث صاحبي في الامة فعتق عليه نصيبه
منها وفسد نصيبي بعتق نصيبه والآخر يقول كذلك في العبد فيفسد نصيبه بزعمه وان لم يقبل اقراره
في حق صاحبه بخلاف مسألة الكتاب فان كل واحد منهما يزعم ان الآخر هو الحانث في عبده وليس فيه نصيب
حتى يكون مقراً بفساد نصيبه حتى لو تقايضا عتق عليهما لاقرار كل واحد منهما بحرية عبد الآخر وعلى
كل واحد منهما قيمة ما اشترى لان كل واحد منهما يزعم انه اشترى حراً بعبد فيفسد البيع باقرارهما وكان
القياس ان لا يقع البيع بينهما بل يبقى عبد كل واحد منهما على ملكه لاقرارهما بذلك ولكن لا يصدقان في حق العبدين
لان هذا البيع يوصلهما الى العتق لاقرارهما بحريتهما ثم اذا لزم كل واحد منهما اقراره في تلك المسألة
في العبد والامة يسعى كل واحد منهما في جميع قيمته عند ابي حنيفة فيكون بينهما نصفان وكذا عندهما
ان كانا معسرين وان كانا موسرين يسعى كل واحد منهما للحالف بعتقه لانه ينكر العتق فيه اصلاً وانما
يعتق من جهة صاحبه بدعوى حنثه ولم يسع للآخر وهو غير الحالف فيه لانه يدعي الضمان على صاحبه
فيكون متبرئاً للعبد هكذا ذكره في المحيط وفي الايضاح ان كل واحد منهما يسعى في ثلاثة ارباع قيمته
عند ابي حنيفة وابي يوسف لان النصف حر بيقين ولو اشترى العبدين في مسألة الكتاب نجعل واحداً

عاد وان كان عالما
نصيبه اصل البايعين
لان كل واحد
منهما يزعم انه
باع عبداً وزعم
المشتري قبل دفعه
فلا يملكه معتقه
لما قال او فرعا منه
عبد حر لا يبتاع
ثم اشتراه ذا خذه
اشتراه واعتق
فلما عتق عليه
احدهما لان زعمه
معتق نصيبه
في هذه الحالة

ويوم ما بالبيان لان المقتضى عليه معلوم فصار كما لو اقر باعتاق البايع لبايع ثم ملكه ولو قال عبده
حر ان لم يكن فلان دخل هذه الدار اليوم ثم قال امراته طالق ان كان دخل اليوم عتق وطلقت لان
باليمين الاولى صار مقرا بوجود شرط الطلاق وقيل لم يعتق ولم يطلق لان احدهما معلق بعدم الدخول
والاخر بوجوده وكل واحد من الشرطين داير بين الوجود والعدم فلا ينزل الجزاء بالشك كذا
في النهاية وينبغي ان يفرق بين التعليق بالشرط الكاين وبغير الكاين فيقع في المعلق بالكاين لا بغير الكاين
لان الاقرار يتصور في الكاين دون غيره وعن ابي يوسف يعتق ولا تطلق لان باليمين الثانية صار مقرا
بنزول العتق ولم يوجد بعد الثانية ما يوجب اقراره بوقوع الطلاق **قال** ومن ملك ابنه مع اخر عتق حظه
ولم يضمن ولشريكه ان يعتق او يستسعي وانما عتق نصيب الاب لما مر بيانا وبينا من المعنى وانما لم يضمن الاب
نصيب شريكه لانعدام التعدي منه او يثبت الخيارات المتقدم ذكرها لما بينا هناك قوله ومن ملك ابنه
مع اخر يتناول ما اذا ملكه بالشراء او بالهبة او بالصدقة او الوصية او الامهار او الارث ولا فرق في ذلك
بين ان يكون يعلم الاخر انه ابنه شريكه او لم يعلم وهذا عند ابي حنيفة وقالا يضمن الاب في غير الارث ان
كان موسرا وان كان معسرا استسعى الابن في نصيبه وعلى هذا الخلاف لو حلف احدهما بعتق عبد ان ملك نصفه
ثم ملكاه بهذه الاسباب لهما انه افسد نصيبه بالاعتاق لان مباشرته هذه الاسباب اعتاق له ولهذا يخرج به عن
الكفارة فصار كقوله اعتقت نصيبي بخلاف ما اذا ورثاه لانه جبري لا اختيار له فيه وله ان الشريك رضي بافساد
نصيبه حيث شاركه في علة العتق وهي مباشرة اسبابه لان مباشرتها اعتاق على ما تقدم وهذا ضمان افساد
في ظاهر قولهما حتى يختلف باليسار والاعسار خلافا لما روي عن ابي يوسف انه ضمان تملك كالاستيلاد وليس
بشيء وضمان الافساد يسقط بالرضا كضمان الاتلاف بل اولى لان ضمان الاتلاف لا يختلف باليسار والاعسار فكان
اقوى فاذا سقط الاقوى به فالاضعف اولى ان يسقط ودلالة الرضا على القبول وهذا في الشراء ظاهر لانه لا يصح
الا بقبولهما فقد شاركه في العلة فصار كانه هو الذي اعتقه واما في الهبة وامثالها فلانه لم يكن قبول احدهما
شرطا لصحة قبول الاخر لكنه اذا وجد القبول منهما صار قبولهما بمنزلة شيء واحد فصار المجموع علة واحدة كما قلنا في
القراءة في الصلاة فان الفرض فيها قدر ما يجوز به الصلاة وهو اية ثم اذا قرا اكثر من ذلك صار الكل فرضا فاذا
صار المجموع علة وقد باشرها فلا يضمن بخلاف ما اذا قال احد الشريكين للاخر ان ضربته فهو حر فضربه فعتق
نصيب الحالف حيث يرجع الضارب عليه لان علة العتق هناك قوله فهو حر ولم يشاركه فيه الضارب وانما وجد
منه الشرط وهو لا تاثير له في الحكم فلا يسقط به التضمين فان قيل يشكل على هذا ما لو قال المريض لامراته ان دخلت الدار
فانت طالق فدخلت الدار فانها لا ترث فجعلت راضية بمباشرة الشرط **قلنا** حكم الفرار يثبت بشبهة العدوان ولهذا
يثبت بتعليقه بفعله او بفعلها الذي لا بد لها منه في محكمة فكذا يسقط بشبهة الرضا وقد وجد ذلك بمباشرة الشرط واما
فصار بمنزلة

فصار بمنزلة ما لو قال لغيره كل هذا الطعام وهو طعام الامر والامر لا يعلم انه طعامه فان المامور لا يضمن
للامر شيئا لان دلالة اتلفه باذنه حتى لو قال المغصوب منه ذلك للغاصب وهو لا يعلم سقط الضمان عنه وروي الحسن
عن ابي حنيفة ان الشريك اذا لم يعلم انه ابنه له ان يضمن الاب **قال** فان اشترى نصف ابنه ممن يملك كله لا يضمن
لبايعه لان البايع شاركه في العلة وهو البيع لان دخول البيع في ملك المشتري بالايجاب والقبول وقد شاركه فيه
هذا عند ابي حنيفة وقالا ان كان الاب موسرا يجب عليه الضمان وقد بيناه بحجته ولو اشتراه ابوه من احد الشريكين
وهو موسر لزمه الضمان بالاجماع اما عندهما فظاهر واما عنده فلان الشريك الذي لم يبع لم يشاركه في العلة
فلا يبطل حقه بفعل غيره ولو كان مكان الاب جارية مستولدة بالنكاح فملكها الزوج مع غيره يجب عليه ضمان النصف
لشريكه كيف ما كان وان كانا ملكاها بالارث والفرق ان ضمان ام الولد تملك وذلك لا يختلف بين ان يكون بصنعه
او بغير صنعه ولهذا لا يختلف بين اليسار والاعسار **قال** عبد لموسرين دبره احد وحرره اخر ضمن
الساكت المدبر والمدبر المعتق ثلثه مدبرا لا ما ضمن اي لو كان عبد بين ثلاثة نفر موسرين دبره احدهم ثم
اعتقه اخر فللساكت ان تضمن المدبر وليس له ان يضمن المعتق وللمدبر ان يضمن المعتق ثلث قيمته مدبرا وليس له ان يضمنه الثلث
الذي ضمنه للساكت وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا العبد كله صار مدبرا للذي دبره اول مرة واعتاق
المعتق باطل ويضمن لشريكيه ثلثي قيمته موسرا كان او معسرا واصله ان التدبير يتجزا عنده كالعتق يتجزى
عنده بمعنى انه ازالة الملك على ما بينا وعندهما لا يتجزى لان موجبه حق الحرية فيكون معتبرا بالحقيقة الحرية ولما
كان التدبير متجزيا عنده اقتصر على نصيب المدبر وفسد به نصيب الاخرين حيث امتنع عليهما البيع والهبة
نصيبه فيكون لكل واحد منهما الخيار ان شاء دبره منهما وان شاء اعتقه وان شاء كاتبه وان شاء ضمن المدبر
قيمة نصيبه قنا وان شاء استسعى العبد في نصيبه وان شاء تركه على حاله لان نصيب كل واحد منهما باق
على ملكه فاسد بافساد شريكه حيث يسد عليه طرق الانتفاع بالبيع ونحوه فاذا اختار احدهما العتق
تعين حقه فيه وبطل اختياره غيره فتوجه للساكت سببا ضمان تدبير المدبر واعتاق هذا المعتق
غير ان له ان يضمن المدبر ليكون الضمان ضمان معاوضة اذ هو الاصل في المضمونات عند نا حتى جعلنا
الغصب ضمان معاوضة حتى صححنا اقرار العبد الماذون به كاقراره بالبيع وغيره من المعاوضات وكذا
من ذلك ان يبطل القضاء بالقيمة فيما اذا غصب ابريق ذهب فقضي عليه بالقيمة من الدراهم بعد ما انكسر
الابريق ثم افترقا قبل قبض القيمة لانا نقول الغصب ليس بموضوع لاثبات الملك وانما يثبت الملك ضرورة
ان لا يجتمع البدل والمبدل في ملك رجل فلا يظهر كونه معاوضة فيما عدا ذلك لان الثابت للضرورة مقدر
بقدرها واذا كان الاصل معاوضة وامكن في التدبير لكونه قابلا للنقل من ملك الى ملك وقت التدبير لكونه

لان ملكه فيه يثبت مستندا وهو ثابت من وجه دون وجه فلا يظهر في حق التضمين وان ظهر في حق
الاستسعاء لقيامه مقام الساكت لان ملكه في حقه ولان الساكت بنفسه لا يملك تضمين المعتق لما ذكرنا وكذا
من قام مقامه ولو ضمن الساكت المدبر قبل ان يعتقه الآخر ثم اعتقه كان للمدبر ان يضمن المعتق ثلثي
قيمته لان الاعتاق وجد بعد تملك المدبر نصيب الساكت والولاء بين المدبر والمعتق اثلاثا ثلثان للمدبر
وثلثه للمعتق لان العبد عتق عليهما على هذا المقدار لان المدبر كان له ثلث العبد نصيبه وحصل له
الثلث بالضمان من جهة الساكت فتم له الثلثان وللمعتق الثلث الذي كان ملكه لا غير ولا يقال اذا كان
المدبر يملك نصيب الساكت بالضمان وجب ان يملك المعتق نصيب المدبر ضمان حيلولة لا ضمان معاوضة
لان المدبر لا يقبل الانتقال من ملك الى ملك كسائر الاسباب فكذا بالضمان فلم يملكه بخلاف نصيب الساكت
حيث يملكه المدبر بالضمان لان الملك فيه يستند الى وقت التعدي وهو وقت التدبير ونصيب الساكت في ذلك
الوقت يقبل الانتقال من ملك الى ملك فافترقا واذا لم يكن التدبير متجزيا عندهما صار كله مدبرا للذي
دبره وصار متملكا نصيب شريكه بالقيمة فلا يصح اعتاق الآخر لخروجه عن ملكه ولا يختلف هذا الضمان باليسار
والاعسار لانه ضمان تملك بخلاف ضمان الاعتاق حيث يختلف بهما لانه ضمان افساد وكذا ضمان التدبير عند
ابي حنيفة يختلف بهما لما ذكرنا فان قيل المضارب بالنصف اذا اشترى براس المال وهو الف عبدين وقيمة
كل واحد منهما الف فاعتقهما رب المال عتقا وضمن نصيب المضارب موسرا كان او معسرا وهو ضمان اعتاق
ومع هذا لا يختلف بهما قلنا هذا اعتاق هو افساد لا ضمان سراية الفساد لانهما حين اعتقهما افسد كلا منهما
بالاعتاق لكون كل واحد مشغولا براس المال ولا يظهر نصيب المضارب في واحد منهما بعينه ولهذا لو كانا
ذوي رحم محرم منه لم يعتقا والاختلاف بين اليسار والاعسار في التضمين ورد على خلاف القياس في سراية
الفساد فلا يلحق به الافساد ولا التملك ولا الاتلاف بغير العتق لانه ليس مثله *قال* ولو قال لشريكه
هي ام ولدك وانكر تخدمه يوما وتتوقف يوما اي لو كانت جارية بين اثنين فزعم احدهما انها ام ولد
صاحبه وانكر الآخر ذلك فهي موقوفة يوما وتخدم المنكر يوما ولا سعاية عليها للمنكر ولا سبيل عليها للمقر
وهذا عند ابي حنيفة رض وقالا ليس للمنكر ان يستخدمها وله ان يستسعيها في نصف قيمتها ثم تكون حرة ولا سبيل
عليها وذكر في الاصل رجوع ابي يوسف الى قول ابي حنيفة لهما انه لما لم يصدقه صاحبه انقلب اقراره عليه
فصار كانه استولدها المقر او اقر بالاستيلاد على نفسه كالمشتري اذا ادعى ان البايع كان اعتق العبد
قبل البيع والبايع ينكر تجعل كانه اعتقه المشتري حتى يحال بينهما ولا يسقط الثمن لانه لا يصدق
في حق البايع ولا سعاية عليها للمقر لانه يدعي الضمان على شريكه بدعوى التملك عليه دون السعاية وكذا
ليس له ان يستخدمها لانه تبرا منه بدعوى انتقالها الى شريكه وليس للمنكر ان يستخدمها لانه لما انكر

[illegible]

الاستيلاد من

[illegible]

الاستيلاد من جهته فصارت كام ولد النصراني اذا اسلمت فانها تخرج تسعى في قيمتها وتخرج الى
الحرية لتعذر الاستخدام والاستدامة على ملكه ثم اذا ادت نصف قيمتها الى المنكر عتقت كلها لان
العتق لا يتجزى عندهما ولابي حنيفة رحمه الله ان المقر لو صدق كانت الخدمة كلها للمنكر ولو كذب كان
له نصف الخدمة فيثبت ما هو المتيقن به وهو النصف ولا خدمة للمقر ولا استسعاء له عليها لانه
يتبرا عن ذلك بدعوى الاستيلاد من شريكه وبدعوى الضمان عليه ولا يمكن ان يجعل المقر
كالمستولد لان الاقرار بامومية الولد يتضمن الاقرار بالنسب وذلك لا يثبت الا بالدعوة فلذا
هذا فيكون اقراره باقيا على حاله ولا سعاية عليها للمنكر ايضا لان الاستدامة ملكه متمكن
بان تستخدمه يوما ويوما لا فلا يصار الى السعاية الا عند تعذر الاستدامة بخلاف ام ولد النصراني
اذا اسلمت لانه لا يمكن استدامة الملك فيها فتعينت السعاية وبخلاف ما اذا شهد احد الشريكين
على صاحبه بعتق العبد المشترك لانا لم نتيقن للمنكر بشيء من الخدمة فلم يمكن استدامته على
ملكه فوجبت السعاية عليه للتعذر ولو مات المنكر عتقت لاقرار المقر انها كانت ام ولد لم
تسع لانه ان كان صادقا فلا خدمة له وان كان كاذبا فله نصف الخدمة فنصف الخدمة ثابت
على تقدير فلم يتيقن بها فنصف قيمتها لورثة المنكر ولو جنت او جني عليها كان النصف موقوفا
عند ابي حنيفة والنصف على الجاحد وعند محمد يلزمه الاقل من قيمتها ومن ارش الجناية كالمكاتبة وقال
ابو يوسف النصف على المنكر والنصف الآخر لانه في مال سيدها كسبها ماله *قال* ومال ام
ولد تقوم اي ليس لها قيمة وقالا لها قيمة لانها مملوكة محرزة منتفع بها وطئا واجارة واستخداما
فتكون متقومة كالمدبر ولهذا يقال كل مملوك يحدث تدخل ام الولد فيه واستباحة الوطء دليل
الملك لانه لا يحل الا بالنكاح او بملك اليمين والاول منتف فتعين الثاني وبقاء الملك آية بقاء المالية
والتقوم اذ المملوكية في الآدمي ليست غير المالية والتقوم وحق الحرية لا ينافي التقوم كالمدبر ولهذا
اذا اسلمت ام ولد النصراني تسعى وهو آية التقوم ولابي حنيفة قوله عليه الصلاة والسلام
اعتقها ولدها رواه ابن ماجة والدارقطني وقضية الحرية زوال التقوم لكنه تقاعد عن افادة
الحرية لمعارض وهو قوله عليه الصلاة والسلام ايما امة ولدت من سيدها فهي معتقة عن دبر
منه او قال من بعده رواه احمد ولا معارض له في زوال التقوم فيثبت ولان التقوم لا يثبت الا بالاحراز
على قصد التمول ولم يوجد فلا يتقوم وهذا لان الآدمي ليس بمال متقوم في الاصل لانه خلق لتملك
لا ليصير مالا مملوكا ولكن متى احرز على قصد التمول صار مالا متقوما وثبت به ملك المتعة تبعا
فاذا احصنها واستولدها ظهر ان احرازها كان لملك المتعة والنسب لا للتمول فكانت محرزة احراز

[illegible]

تبيعو حتى وقد اختلطت لموصيت نحو بلحو مكم و دماو هت بد مايكم الا انه لم يظهر عمل هذا
التسبب في الحال في افادة حقيقة العتق ضرورة الحاجة الى الانتفاع بها اذ قصده استغنا شها
الى المهمات فيظهر في حق سقوط التقوم فاذا مات استغنى عنها فظهرت حقيقة الحرية وقبله الحاجة
باقية فلم يظهر بخلاف المدبر لان الاصل فيه ان ينعقد السبب بعد الموت اذ التعليقات
ليست باسباب في الحال وانما تصير اسبابا عند الشرط وانما قضينا بانعقاد التسبب في الحال ضرورة
على ما نذكره في موضعه ان شاء الله تعالى فظهر اثر الانعقاد في حرمة البيع خاصة كالنصراني يعتقد تقومها
وقد امرنا بتركه وما يدين كبيع الخمر والخنزير ولانا قد حكمنا بتكاتبها عليه دفعا للضرر عنهما
ووجوب بدل الكتابة لا يحتاج فيه الى التقوم قال فلا يضمن احد الشريكين باعتاقها يعني
اذا كانت ام ولد بين شريكين فاعتقها احدهما عتقت ولا يضمن المعتق للساكت شيئا وهذا عند
ابي حنيفة وقالا يضمن ان كان موسرا وهذا ينبني على انها متقومة ام لا وقد بينا المذهبين و
ينبني على هذا الاصل عدة لمسائل منها اذا غصبها غاصب فهلكت عنده لا يضمن عنده وعندهما يضمن
ومنها اذا مات احدهما تعتق ولا يسعى للحي في شيء عنده وعندهما يسعى في نصف قيمتها له ومنها
اذا جاءت بولد فادعاه احدهما ثبت نسبه منه وصارت كلها له ولم يضمن لشريكه شيئا ومنها
اذا باع جارية فجاءت بولد عند المشتري لاقل من ستة اشهر فماتت الجارية فادعى البائع ان الولد
ابنه ثبت نسبه منه ويأخذ الولد ويرد الثمن كله عنده وعندهما يرد حصة الولد ~~والبيت حصة~~
~~الولد~~ ولا يرد حصة الام وفي الكافي والنهاية ان ام الولد اذا جاءت بولد فادعاه احدهما ثبت نسبه منه
وعتق وعندهما يضمن ان كان موسرا ويسعى له الولد ان كان معسرا وفيه نظر فان النسب يثبت مستندا
الى وقت العلوق فلم يتعلق شيء منه على ملك الشريك وهكذا ذكره صاحب الهداية في باب الاستيلاد
في القنة فضلا ان تكون ام ولد قبله حتى قال لا يغرم قيمة ولدها وكذا ذكره غيره ولم يذكروا فيه
خلافا فكيف يتصور ان يكون سقوط الضمان لاجل انه كانت عنده وعندهما يضمن وهو حق الاصل
ولو كان مكان التدعي اعتاق كان مستقيما وذكر محمد رحمه الله في الرقيات ان ام الولد تضمن بالغصب
عند ابي حنيفة على نحو ما يضمن به الصبي الحر حتى لو ماتت حتف انفها لم تضمن ولو قربها الى مسبعة فافترس
سبع الشيع يضمن لان هذا ضمان جناية لا ضمان غصب ولهذا يضمن الصبي الحر بمثله قال له
اعبد قال لاثنين احدكما حر فخرج الاخر واحد ودخل اخر وكرر ومات بلا بيان عتق ثلاثة
ارباع الثابت ونصف كل من الاخرين اي رجل له ثلاثة اعبد فدخل عليه اثنان فقال احدكما حر فخرج
احدهما ودخل اخر فقال احدكما حر ثم مات المولى قبل ان يبين عتق من الذي اعيد عليه القول وهو

الثاني كذلك وهو دائر بين الثابت والداخل فكان بينهما نصفان غير ان الثابت استوفاه بالايجاب
الاول نصفا فكان ما اصابه بالايجاب الثاني وهو النصف شايعا في نصفيه فما اصاب المستحق بالاول لغا
وما اصاب الفارغ ثبت فحصل له الربع فتم له ثلاثة الارباع ولانه لو اريد بالثاني هو يعتق نصفه
وان اريد الداخل فلا يعتق فيتنصف فحصل له الربع بالثاني وبالاولى في النصف واما الداخل فمحمد
يقول ان الايجاب الثاني دائر بين الصحة وعدمها لانه لو اريد بالايجاب الاول الخارج صح الايجاب
الثاني لكونه دائرا بين العبدين فاوجب عتق رقبة وان اريد به الثابت بطل الايجاب الثاني لكونه
دائرا بين الحر والعبد فدار بين ان يوجب وبين ان لا يوجب فيتنصف فيعتق نصف رقبة بينهما
نصفان فنصيب كل واحد منهما الربع فصار كما لو كان تحته ثلاث نسوة ولم يدخل بهن فقال للثنتين
منهن احداكما طالق فخرجت واحدة منهما ودخلت اخرى فقال احداكما طالق ثم مات قبل البيان
سقط من مهر الخارجة ربعه ومن مهر الثابتة ثلاثة اثمانه ومن مهر الداخلة ثمنه والثمن في الطلاق
كالربع في العتاق ولان الحل الساقط فيه النصف كما ان كل الواجب هناك الرقبة ولهما ان الكلام الثاني
صحيح في حق الداخل من كل وجه لان الكلام الاول تناول المبهم منهما فصار بمنزلة المعلق بالبيان
في حق غيرهما ولهذا لو جنى عليهما بان قطع واحد ايديهما وجب عليه ارش العبيد واذا صح الكلام الثاني في
حق الداخل كان الكلام الثاني في حقه بمنزلة الاول في حق الخارج فيعتق نصيبه وانما يعتق من الثابت
ربعه بالكلام الثاني لان الكلام الاول تنجيز في حقه حتى تثبت له المطالبة بالبيان ويتعين للعتق اذا
زالت المزاحمة بالموت او بالاخراج عن الملك ويشيع العتق فيهما اذا مات المولى قبل البيان لان قوله
قوله احدكما حر نكرة من وجه دون وجه فاعتبر العتق واقعا في حقهما ولم يعتبر تعليقا فاذا كان
كذلك فان اريد بالاول الخارج صح الكلام الثاني وان اريد به الثابت لم يصح فتردد الكلام الثاني بين
الصحة وعدمها في حقه فيتنصف فيعتق ربعه واما مسئلة الطلاق فقيل هي قول محمد واما على قولهما
فلها ثلاثة ارباع مهرها ويسقط الربع ولئن كان قول الكل فالفرق لهما ان الكلام الاول انما
يعتبر تعليقا في حق الداخل في حق حكم يقبل التعليق واما في حق حكم لا يقبل التعليق يكون تنجيزا في
حقه ايضا فالبراءة من المهر لا تقبل التعليق فيكون تنجيزا بالنسبة اليه فيثبت التردد في الكلام
الثاني بين الصحة وعدمه في حقه فيتنصف بخلاف العتق فانه يقبل التعليق فلا يكون الكلام مترددا
في حقه فيثبت كله او نقول هو معتق البعض ومعتق البعض عند ابي حنيفة مكاتب فلا يمنع صحة الكلام
الثاني ووافقه ابو يوسف فيه هنا لكونه غير معين ولهذا يسعى عندهما ايضا بخلاف الطلاق لانه
يقع بجملته فيتردد الكلام الثاني بين الصحة وعدمه فيصح اذا اراد بالاول الخارجة والا فلا فيتنزل

سهامهم وشبه ذلك انك تنظر الى مخرج اقل حق من سهامهم وهو الربع وذلك اربعة فللثابت ثلاثة
اجزاء منها ولكل واحد من الآخرين جزءان فبلغ سهام العتق سبعة فيقسم الثلث عليها فيسقط
كل واحد منهم من السعاية قدر ما اصاب سهمه **مثاله** لو كان كل واحد منهم قيمته سبعماية درهم
وليس له مال غيرهم كان جميع ماله الفين ومائة وثلثه سبعمائة فاذا قسمت الثلث على سبعة اصاب كل
واحد مائة فمن كان له سهمان سقط عنه ما اصابهما وهو مئتان وهو الداخل والخارج ومن كان له ثلاثة ثلثمايه
اسهم سقط عنه قدر ما اصاب سهامه ويسعى كل واحد منهم فيما بقي من قيمته فيسعى الخارج في خمسماية وكذا
الداخل والثابت يسعى في اربعماية وعند محمد تجعل الثلث اسداسا لاجل ان الداخل لا يستحق سوى الربع
عنده فنقص سهمه لذلك وباقي العمل ما ذكرناه هذا اذا مات قبل البيان فان كان المولى بالحياة اجبر
على البيان فحاصله ان هذه المسئلة على ثلاثة اوجه احدها ان يموت المولى والثاني ان يموت العبيد و
الثالث ان يكونوا بالحياة فالاول قد ذكرنا حكمه والثاني نذكره فيما بعد والثالث حكمه ان يجبر المولى
على البيان ما دام حيا لانه هو المبهم فان بدأ ببيان الكلام الاول فقال عنيت به الخارج عتق وصح
الكلام الثاني لانه بقي دائرا بين العبدين بيانه وان قال عنيت به الثابت عتق وبطل الايجاب الثاني لانه
دائر بين حر وعبد فيكون مخبرا صادقا فيما قوله احدكما حر فان قيل العتق المبهم يتعلق بشرط البيان
ولهذا كان البيان حكم الانشاء حتى كان له استخدامهما قبله واعتبرت العدة من ذلك الوقت لو كان الابهام
في الطلاق فلا يكون دائرا بين الحر والعبد **قلنا** العتق المبهم وان كان معلقا بشرط البيان انشاء من وجه
اظهار من وجه لان قوله احدكما حر لا يتناول المعين وبعد البيان يصير واقعا على المعين فكان
البيان انشاء من هذا الوجه ومن حيث انه يجبر على البيان اذا خاصمه العبيد كان اظهارا لانه لا يجبر
على الانشاء فبالنظر الى كونه انشاء صح الكلام الثاني وعتق به الداخل وبالنظر الى كونه اظهارا لا يصح
الايجاب الثاني فلا يعتق والعتق في الداخل غير ثابت فلا يثبت بالشك وان بدأ ببيان الكلام الثاني
فان قال عنيت به الداخل عتق ويؤمر ببيان الكلام الاول فيعتق من بينه فيه فان قيل ينبغي ان
لا يعتق الداخل لاحتمال ان يبين الكلام الاول في الثابت فيكون الكلام الثاني دائرا بين الحر والعبد فيكون
باطلا **قلنا** الكلام الاول مبهم اذ لم يصادف المعين منهما فهو كالمعلق بالبيان على ما بينا ولم يتصل
بالمحل فكان الكلام الثاني صحيحا لكونه دائرا بين العبدين فاذا صح الكلام الثاني صح بيانه في احدهما ايضا
لكونه رقيقا وقت البيان وان بين الاول بعد ذلك في الثابت بخلاف المسئلة الاولى وهو ما اذا بدأ ببيان الكلام
الاول فبينه في الثابت حيث يبطل الكلام الثاني لانه دائر الساعة بين الحر والعبد والكلام الاول تنجيز من
وجه على ما بينا فتترجح جانبه لقيام الحرية في الحال وفي الاولى تترجح جانب التعليق لكونه رقيقا وقت البيان

وان قال عنيت بالكلام الثاني الثابت عتق به وعتق بالكلام الاول وهذا فالمعتق [illegible] قال [illegible] والبيع و[illegible] والتدبير [illegible] العتق المبهم [illegible] اذا اعتق احد [illegible] فيعتق [illegible] على او مات [illegible] اوجب [illegible] للعتق [illegible] لان هذا الكلام [illegible] عتقا منجزا [illegible] عند قيام [illegible]

فكلاثانيه سواء

فكلا ثانيه سواء فاذا فاتت المحلية تعين الآخر للعتق من غير تعيين لزوال المزاحم اما في الموت
فظاهر وكذا في البيع والهبة لانه لم يبق قابلا للاعتاق من جهته وكذا في الاعتاق لان المعتق لا يعتق
وكذا في التدبير لانه صار حرا من وجه فلم يبق قابلا للاعتاق من كل وجه وهو الواجب به فلم يبق
محلا له ولا يقال يرد على هذا ما اذا قال لغلامين احدهما ابني او قال لجاريتين له احداهما ام ولدي
فمات احدهما لا يتعين الباقي للعتق ولا للاستيلاد لانا نقول انه اخبار عن امر كاين والاخبار تصح
في امر الحي والميت بخلاف البيان لانه في حكم الانشاء فلا يصح الا في المحل وهو الحي فان قيل لو اشترى
احد العبدين وسمى لكل واحد منهما ثمنا وشرط الخيار لنفسه ثم مات احدهما تعين البيع في الهالك وههنا
تعين العتق في الحي **قلنا** قال علي القمي لا فرق بينهما فان الهالك يهلك على ملكه في الفصلين لان
الهالك في البيع دخل في ملكه حين اشرف على الهلاك لتعذر رده كما قبضه والكتابة وتعليق عتق
احدهما بالشرط كالتدبير والرهن والايصاء والاجارة والتزويج والعرض على البيع كالبيع لان
هذه التصرفات لا يصح الا في الملك فصار اقدامه عليها بيانا منه انه مملوك له ومن ضرورته تعين الآخر
للعتق ولا يقال الاجارة لا تختص بالملك لجواز اجارة الحر لانا نقول الاستبداد باجارة الاعيان
على وجه يستحق الاجر لا يكون الا بالملك فيكون تعيينا دلالة وهكذا يقول في الانكاح وقال في الكافي
ذكر التسليم في الهبة والصدقة في الهداية وقع اتفاقا يعني لا يحتاج اليه لان الاقدام عليه دليل على ابقائه
لان هذه التصرفات لا يصح الا في الملك فلا يتوقف دلالته على القبض ولهذا استوى في البيع بين المطلق
وبين ما فيه الخيار لاحدهما وبين الصحيح والفاسد ولم يشترط القبض في الفاسد منه وان كان لا يفيد
الحكم الا به وروي عن ابي يوسف ان العرض على البيع كالبيع والمعنى ما ذكرنا ثم لا فرق في هذا بين ان
يكون العتق المبهم مطلقا او معلقا حتى تكون هذه التصرفات بيانا فيهما حتى اذا قال لعبديه اذا
جاء غدا فاحدكما حر فتصرف في احدهما شيئا من هذه التصرفات ثم جاء الغد عتق الآخر لما
بينا وكذا اذا استولد احداهما تعينت الاخرى للحرية لما ذكرنا في التدبير **قال** لا الوطي
اي لا يكون وطي احدى الامتين في العتق المبهم بيانا حتى لا تعتق الاخرى وهو قول ابي حنيفة
رحمه الله وقالا يعتق لان الوطي لا يحل الا في الملك فصار الاقدام عليه دليل الاستبقاء فصار كما
لو علقت منه وكما اذا وطي احدى المرأتين في الطلاق المبهم **وله** ان الملك ثابت فيهما ولهذا كان
له ان يستخدمهما وكان له الارش اذا جني عليهما والمهر اذا وطيتا بشبهة وهذا لان العتق المبهم
معلق بالبيان والمعلق بالشرط لا ينزل قبله فصار كما لو قال ان دخلت الدار فانت حرة او احداكما
حرة فوطيهما او وطي احداهما قبل دخول الدار وهذا لان وطي الامة لقضاء الشهوة لا لطلب

الولد فلا يدل [illegible] الاستبقاء فصار [illegible] قال لا يحل الا [illegible] ما اذا باع احد [illegible] انشاء على انه [illegible] الملك فيظهر [illegible] على اولا [illegible] لذلك وطي احداها [illegible] يتعلق البيع [illegible] على الموطوة [illegible] الموطوءة في الثانية [illegible] للبائع ان [illegible] البيع والموطوءة [illegible] المشتري [illegible] لانه يؤدي الى [illegible]

وطئ ملك غيره لان الملك فيه يستند الى وقت العقد فتبين انه وطئ ملك غيره و بخلاف وطئ احد الزوجتين لان المقصود منه الولد فيكون دليلا على الاستبقاء ثم يقال الاعتاق غير نازل في المحل قبل البيان لتعلقه به ولهذا حل وطيها عنده ولكنه لا يفتى به للاحتياط في باب الحرمات او يقال هو نازل في المنكرة فيظهر في حق حكم يقبله كالبيع فان المنكر يقبله بان اشترى احد المعينين على انه بالخيار ان ياخذ ايهما شاء و المنكرة لا تقبل الوطئ لان الوطئ فعل حسي فلا يتصور وقوعه في غير المعين فلا يجعل العتق المبهم في المعينة او نقول ان حل الوطئ ينبني على ملك المتعة و العتق محله ملك الرقبة فلم يتحد محلهما فلا تتحقق المنافاة لان شرط المنافاة اتحاد المحل قال رحمه الله وهو و الموت بيان في الطلاق المبهم اي الوطئ و الموت يكونان بيانا في الطلاق المبهم وقد بينا المعنى فيه والفرق بين الطلاق و العتق في الوطئ قال ولو قال ان كان اول ولد تلدينه ذكرا فانت حرة فولدت ذكرا و انثى ولم تدر الاول رق الذكر وعتق نصف الام و الانثى اي رجل قال لامته ان كان اول ولد تلدينه ذكرا فانت حرة الى آخره وهذه المسئلة على وجوه احدها ان يوجد التصادق بعدم العلم وجوابه ما ذكر وهو ان يكون الغلام رقيقا ويعتق نصف الام و نصف الجارية و الغلام عبد لان كل واحد منهما يعتق في حال وهو ما اذا ولدت الغلام اولا فالام بالشرط و الجارية بالتبعية اذ الام عتقت قبل ولادتها وترق في حال وهو ما اذا ولدت الجارية اولا لعدم الشرط وعتق نصف كل واحدة منهما وتسعى في النصف و اما الغلام فيرق في الحالين لان ولادته شرط لحرية الام فيعتق بعد ولادته فلا يتبعها واعتبار الاحوال معتبر شرعا اذا اشتبه الاحوال لما روي انه عليه الصلاة و السلام بعث اناسا الى بني حنيفة للقتال فاعتصم ناس منهم بالسجود فقتلهم بعض اصحاب النبي عم فلما بلغه عليه الصلاة و السلام ذلك قضى عليهم بنصف العقل لتردد حالهم لانه يحتمل انهم سجدوا لله ويحتمل انهم سجدوا للعبيد فصار اصلا في اعتبار الاحوال و الثاني ان تدعي الام ان الغلام ولدته اولا و انكر المولى ذلك و الجارية صغيرة فالقول قول المولى لانه ينكر شرط العتق و يحلف على العلم لانه فعل الغير فاذا حلف لم يعتق واحد منهما الا ان تقيم البينة بعد ذلك و ان نكل عتقت الام و البنت لان دعوى الام حرية الصغيرة معتبرة لانها تبع محض ولها عليها ولاية لا سيما اذا لم يعرف لها اب بخلاف ما اذا كانت كبيرة و الثالث ان يوجد التصادق بان الغلام هو الاول فيعتق الام و البنت دون الغلام و الرابع ان يوجد التصادق بان البنت هي الاولى ولدت اولا

تتعدى و السادس ان تدعي البنت وهي كبيرة ان الغلام هو الاول ولم تدع الام فتعتق البنت اذا نكل دون الام لما ذكرنا هكذا فصلها في الكافي ولا يقال وجب ان يعتقا اذا نكل عندهما لانه اقرار عندهما فاذا اقر بحرية احداهما صار اقرارا بحرية الاخرى لانا نقول اقراره بطريق الضرورة ولهذا لا يثبت العتق بمجرد النكول حتى يحكم به الحاكم و الدليل عليه ما ذكره محمد في الاصل رجل قال لغيره انا كفيل بكل ما يقر لك فلان من المال فادعى المكفول على فلان مالا فانكر فحلف فنكل فقضي عليه بالمال لا يصير كفيلا به ولو كان اقرارا من كل وجه لصار كفيلا به و قال في النهاية قال في المبسوط وذكر محمد رحمه في الكيسانيات هذا الجواب الذي ذكره ليس بجواب هذا الفصل بل في هذا الفصل لا يحكم بعتق واحد منهم ولكن يحلف المولى بالله ما يعلم انها ولدت الغلام اولا فان نكل عن اليمين فنكوله كاقراره فان حلف فهم ارقاء و اما جواب الكتاب ففي فصل آخر وهو ما اذا قال المولى لامته اذا كان اول ولد تلدينه غلاما فانت حرة وان كانت جارية فهي حرة فولدتهما جميعا ولا يدري ايهما اول فالغلام رقيق و الجارية حرة فيعتق نصف الامة لانها ان ولدت الغلام اولا فهي حرة و الغلام رقيق وان ولدت الجارية اولا فالجارية حرة و الامة و الغلام رقيق فالام تعتق في حال دون حال فيعتق نصفها و الغلام عبد بيقين و الجارية حرة بيقين اما تعتق بنفسها او بعتق امها تبعا ثم قال صاحب النهاية وما ذكره في الكيسانيات هو الصحيح لان الشرط اذا كان في طريق واحد فالقول قول من ينكر وجوده كدخول الدار ونحوه وان كان الشرط مذكورا في جانب الوجود و العدم كان احدهما موجودا لا محالة فيحتاج فيه الى اعتبار الاحوال قال رحمه الله ولو شهدا انه حرر احد عبديه او امتيه لغت الا ان يكون في وصية او طلاق مبهم اي لو شهد رجلان على رجل انه اعتق احد مملوكيه لا تقبل الشهادة فيه الا ان يكون في وصية استحسانا وهذا عند ابي حنيفة رضي الله عنه و قالا رحمهما الله تعالى تقبل الشهادة ولو شهدا انه طلق احدى نسائه جازت الشهادة ويجبر الزوج على ان يطلق احداهن بالاجماع واصل هذا ان الشهادة بعتق العبد بغير دعوى العبد لا تقبل عند ابي حنيفة وعندهما تقبل وفي الطلاق يقبل اجماعا لهما ان العتق حق الشرع و عدم الدعوى فيه لا يمنع قبول الشهادة فيه الا يرى انه لا يحتاج فيه الى قبول العبد و لا يرتد برده ويجوز ان يحلف به و انما يحلف بما هو حق الله تعالى ويجوز ايجابه في المجهول ولا يصح ايجاب لحق المجهول و يتعلق به حرمة استرقاقه و الحرمة حق الله قال عليه الصلاة و السلام ثلاث انا خصمهم وعد منها من استرق حرا و يتعلق به تكميل الحدود و وجوب الجمعة و الزكوة و الحج وتثبت به اهلية الشهادة و الولاية ولا يمنع قبول الشهادة بالتناقض في دعوى العتق حتى لو اقر بالرق لانسان ثم ادعى حرية الاصل و اقام بينة تقبل بينته لو كانت الدعوى شرطا لكان مانعا لان التناقض يفسد الدعوى

الفقه الحكمية لنفسه و الفقه الحقيقية حقه لان نفسه حقه بجميع معانيه واوصافه والفقه الحكمية منها
لانه بها تصير مالكا لنفسه واكسابه ومالكية الاكساب حق المالك لانها عبارة عن اختصاص يتمكن به
من اقامة المصالح المتعلقة به وما وراء ذلك ثمرات العتق ولا عبرة به وانما العبرة للمشهود به فاذا كان
حق العبد يتوقف قبول البينة فيه على دعواه لا يتوقف على قبوله ولا يرتد برده كالعفو عن القصاص
والتناقض عفو فيه لخفائه كدعوى النسب بخلاف عتق الامة لانه يتضمن تحريم الفرج وحرمة الفرج
حق الله تعالى فصار كطلاق المنكوحة واذا كان الدعوى شرطا عنده لم يتحقق في عتق احدهما لان الدعوى
من المجهول لا تصح فلا تقبل الشهادة فيه وفي عتق الامة انما قبلت لتضمنها تحريم الفرج ~~وليس في عتق~~
~~الامة انما قبلت لتضمنها تحريم الفرج~~ وليس في عتق احدى الامتين ذلك لان العتق المبهم لا يوجب تحريم
الفرج على ما بينا فيكون الدعوى شرطا فيه بخلاف الطلاق المبهم لانه يتضمن تحريم الفرج فيكون حقا لله
تعالى فلا يشترط فيه الدعوى اجماعا فان قيل لو كان سقوط الدعوى في عتق الامة لثبوت حرمة فرجها
على المعتق لما قبلت على عتق الامة المجوسية واخته من الرضاع وامثالهما وعلى الطلاق الرجعي لعدم تضمين
الحرمة قلنا لا تخلو عن اثبات حق الله تعالى فيه اما الرجعي فقد انعقد سببا للحرمة لانها تحرم به
عند انقضاء العدة وينتقص به العدد ايضا وهو نوع من الحرمة والامة المجوسية لا يوجب وطؤها الحد
ولا يسقط به الاحصان ما دامت في ملكه وبعد العتق يوجب الحد ويسقط به احصانه وكذا اخته من الرضاع
لا يوجب وطؤها الحد ما دامت في ملكه وبضعها مملوك له حتى يملك تمليكه وتملك العقر اذا وطئت بشبهة
ولان الامة متهمة في تركها الدعوى او في انكارها لما لها من الحظ عند المولى فلا يعتبر انكارها بخلاف
العبد حتى لو كان العبد متهما بان وجب عليه حد او قصاص في طرفه فانكر العتق لا يلتفت الى انكاره
وفي حرية الاصل قيل لا يشترط الدعوى اجماعا لانه يتضمن تحريم فرج الام وقيل يشترط لما ذكرنا
وان شهدا انه اعتق احد عبديه في مرض موته او شهدا على تدبيره في مرضه او في صحته يقبل استحسانا والقياس
ان لا يقبل لما ذكرنا وجه الاستحسان ان العتق في مرض الموت وصية حتى اعتبرت من الثلث والتدبير وصية
سواء كان في المرض او في الصحة والخصم في تنفيذ الوصية هو الموصي لان وجوب تنفيذ الوصية لحقه و
نفعه يعود اليه وانكاره مردود لانه سفه وهو معلوم وله خلف وهو الوصي او الوارث فيتحقق الدعوى
من الخلف ولان العتق المبهم يشيع فيهما بالموت حتى يعتق من كل واحد منهما نصفه فيتحقق الدعوى من
كل واحد منهما فصار كل واحد منهما خصما معينا ولو شهدا بعد موته انه قال في صحته احدكما حر فلا نص فيه
فقال بعض مشائخنا لا يقبل لان العتق في الصحة ليس بوصية والاصح انه يقبل اعتبارا للشيوع والله تعالى اعلم

باب الحلف بالعتق بالدخول

قال ومن قال ان دخلت فكل مملوك لي يومئذ

وحق العبد

الحظ

باب الحلف بالعتق بالدخول قال

فيعتق على ملكه حتى دخل عتق لما قلنا ان المعتبر قيام الملك وقت الدخول فان قيل ينبغي ان لا يعتق
بهذا اليمين من لم يكن في ملكه يوم حلف لانه ما اضاف العتق الى الملك ولا الى سببه فلا يتناول ما
سيملكه قلنا ان لم يوجد الاضافة الى الملك صريحا فقد وجد دلالة لان المملوك لا يكون بدون الملك
فصار كانه قال ان ملكت مملوكا فهو حر وقت دخول الدار بخلاف ما اذا قال لعبد الغير ان دخلت
الدار فانت حر فاشتراه ثم دخل الدار لم يعتق لانه لم يوجد الاضافة الى الملك لا صريحا ولا دلالة
قال رحمه الله ولو لم يقل يومئذ لا اي لو لم يقل في يمينه يومئذ بل قال ان دخلت الدار فكل
مملوك لي حر لا يعتق من ملكه بعد اليمين لان قوله كل مملوك لي للحال والجزاء حرية المملوك
في الحال الا انه لما دخل الشرط عليه تأخر الى وجود الشرط وهو الدخول ولا يتناول من
اشتراه بعده لعدم الاضافة الى الملك او الى سببه ونظيره ما لو قال كل مملوك لي حر
غدا لا يعتق من ملكه بعد اليمين لما قلنا وعلى هذا لو قال ان دخلت الدار فكل مملوك املكه
حر ينصرف الى المملوك للحال لان املكه للحال وان قال يومئذ ينصرف الى يوم دخول
الدار مع ذلك لما ذكرنا قال والمملوك لا يتناول الحمل اي لفظ المملوك لا يدخل تحته الحمل
لانه يتناول المملوك المطلق والحمل مملوك تبعا للام لا مقصودا فلا يدخل تحت المطلق ولانه
عضو من وجه واسم المملوك يتناول الانفس دون الاعضاء حتى لو قال كل مملوك لي حر وله
حمل مملوك بطريق الوصية بان اوصى له بالحمل فقط او قال كل مملوك لي ذكر فهو حر
وله جارية فولدت ذكرا لاقل من ستة اشهر لم يعتق لما ذكرنا وكذا لا يدخل المكاتب فيه
لانه ليس بمملوك من وجه لانه حر يدا ولهذا خرج من يد المولى حتى يستحق الارش على المولى ان جنى
عليه وان كان رقبة كاملا بخلاف ام الولد والمدبر لان ملكهما كامل وان كان الرق فيهما ناقصا
على ما نبين في الايمان ان شاء الله تعالى قال كل مملوك لي او املكه حر بعد غد او بعد موتي يتناول
من ملكه منذ حلف فقط يعني اذا قال كل مملوك لي حر بعد غد او قال كل مملوك املكه حر بعد
غد او قال بعد موتي يتناول من كان في ملكه يوم حلف ولا يتناول ما ملكه بعد اليمين حتى
يعتق بعد غد او يكون مدبرا في الحال من كان في ملكه في ذلك الوقت ولا يعتق ولا يصير مدبرا
من ملكه بعد ذلك لان قوله كل مملوك لي للحال على ما بينا وكذا كل مملوك املكه ولهذا يستعمل
فيه بغير قرينة وللاستقبال بقرينة من سين او سوف فينصرف مطلقه الى الحال فكان الجزاء
حرية المملوك او تدبير المملوك في الحال فلا يتناول ما يشتريه بعد اليمين قال وبموته عتق من
ملك بعده من ثلثه ايضا اي يعتق بموت المولى من ملكه بعد اليمين من ثلث ماله ايضا وهذا

ما يملكه صح

بعد

٥٢

بعد غد الآمن كان في ملكه وقت اليمين وبه استدل عيسى حين طعن عليهما ولهما ان هذا
ايجاب عتق بطريق الوصية حتى اعتبر من الثلث والوصية انما تقع بعد الموت ويكون حال
الموت فيها مقصوداً الا ترى ان من اوصى بثلث ما يملكه وليس له مال او كان له مال واستحدث
غيره يتناولهما اذا بقي في ملكه الى الموت وكذا اذا اوصى لاولاد فلان وله اولاد وولد له بعد
ذلك اولاد دخلوا الحادث في الوصية فاذا ثبت هذا فنقول قوله كل مملوك لي او كل مملوك املكه
يتناول الحال لما مر فصار ايجاباً من هذا الوجه وهو ايصاء لما ذكرنا فيتناول ما يملكه عند الموت
لما مر فيعتبر فيه حالة الموت فعملنا بموجبهما فاعملنا الايجاب في المملوك للحال واعملنا الوصية
فيه وفي المستحدث فاذا اتينا ولهما الايجاب صار الذي يملكه وقت التكلم داخلاً فيه بلا احتمال فصار
مدبراً والذي يملكه بعده لم يدخل فيه احتمال لانه ان بقي الى موته في ملكه صار داخلاً فيه باعتبار الو
صية والا فلا فصار كالمدبر المقيد فكان تصرفه فيه بالاخراج عن ملكه وما بينهما ليس لحال ايجاب
العتق ولا حال اعتبار الوصية فلا يدخل فيه بخلاف قوله بعد غد لانا انما الحقنا المستقبل بالحال
اذا قام الدليل عليه وهو الايصاء ولم يقم الدليل في قوله بعد غد فان قيل قد جمعتم بين الحال و
الاستقبال في لفظ واحد فيلزم منه الجمع بين الحقيقة والمجاز او تعميم المشترك على ما اختلفوا في
الفعل المضارع وذلك لا يجوز قلنا هذا الكلام يتناول الموجود حالة الاعتاق لكن حالة الاعتاق
هو حال التكلم من وجه ومن وجه حال الموت لان الحكم يثبت عنده لكن بالكلام السابق فصار حالة
الموت وحالة التكلم كحالة واحدة في المعنى وهو حال وجود العلة فتناولهما باعتبارها او نقول هذا
الكلام ايجاب عتق وايصاء فالايجاب لا يصح الا في الموجود عند الموت فجمعنا بينهما باعتبار سببين مختلفين
وانما لا يجوز ذلك اذا كان بسبب واحد وهذا كاختلافهم في قوله لله علي ان اصوم رجباً ونوى النذر
واليمين فان ابا يوسف يمنع الجمع بينهما وقد عرف في موضعه وهذا الكل فيما اذا لم يكن له نية واما
اذا نوى فيتناول الكل لانه نوى التشديد على نفسه فيصدق والله اعلم

ايضاح

باب العتق على جعل

قال حرر عبده على مال فقبل العبد عتق وذلك مثل ان يقول انت حر على الف او بالف
او على ان لي عليك الفاً او الف تؤديها او على ان تعطيني الفاً او على ان تجيئني بالف وانما يعتق بقبوله
لانه علق عتقه بقبول المال ولانه معاوضة ومن قضية المعاوضة ثبوت الحكم بقبول العوض في الحال
كما في البيع فاذا قبل العبد صار حراً في جميع احكامه والمال دين عليه لانه التزمه بقبوله وكانت ذمته
صالحة وقد تأكدت بالعتق وجاز ان يجب المال بمثله وان لم يملك بمقابلته ما سقط من حق المولى شيئاً
كما يجب بالخلع وان لم تملك المرأة شيئاً بازاء ما سقط من حق الزوج وكما يجب بالصلح عن دم العمد وهو

باب العتق على جعل قال عتق اي اعتقه على مال فقبل

والطلاق لفظ المال يتناول انواعه حتى الحيوان وان لم يكن معيناً بعد ان يكون معلوم الجنس ولا يبالي
بجهالة الوصف كالجودة والرداءة لانها يسيرة ولا بجهالة النوع لانه معاوضة المال بغير المال فشابه
النكاح والطلاق والصلح عن دم العمد وانما لم تمنع الجهالة اليسيرة من صحة هذه العقود لانه يبتني التسامح
فيها فلا تكون مانعة من التسليم والتسلم والفساد باعتباره ولهذا العقد على ملك الغير ولم يجز حتى
جبة تجب قيمته ولا يفسخ العقد مع ان القيمة مجهولة بخلاف البيع قال ولو علق عتقه باداء
صار مأذوناً له اي لو علق المولى عتق العبد باداء العبد او باداء المال صار العبد مأذوناً له في
التجارة قيد لانه حثه على ذلك لانه حثه على اداء المال ولا يتمكن من ذلك الا بالاكتساب ولم يرد به الاكتساب
بالتكدي لانه امارة الخساسة فتعين التجارة لانها هي المعتادة ولا يصير مكاتباً لان صيغته صيغة التعليق
وهو ان يقول ان اديت الي الفاً فانت حر او نحوه فتعليق عتقه باداء المال كتعليقه بسائر الشروط
ولهذا لا يحتاج فيه الى قبول العبد ولا يبطل بالرد وللمولى ان يبيعه والكتابة توجب المال على العبد
بالقبول فيثبت له بمقابلته ما حصل للمكاتب من ملك اليد والكسب وههنا لم يجب من المال على العبد شيء لعدم
ملك اليد والكسب ثم قال ان اديت الي يقتصر على المجلس وعن ابي يوسف انه لا يقتصر حتى لو باعه ثم
اشتراه وادى يجبر على القبول ويعتق لانه تعليق محض فلا يقتصر على المجلس كما في التعليق بسائر الشروط
وكما اذا قال متى اديت او اذا اديت وجه الظاهر ان هذا بمنزلة التعليق بمشية العبد لتخييره بين
الاداء والامتناع ولو قال ان شئت فانت حر يتوقف به فكذا هذا بخلاف متى واذا لانهما للوقت
على ما بيناه في الطلاق قال وعتق بالتخلية ومعنى هذا الكلام ان العبد اذا احضر المال بحيث
يتمكن المولى من قبضه وخلى بينه وبين المال اجبره الحاكم وينزله قابضاً بذلك وحكم بعتق العبد
قبض او لم يقبض وهو تفسير الاجبار في سائر الحقوق وقال زفر لا يجبر المولى على القبول ولا يجبر
عليه وهو القياس لانه تعليق العتق بالشرط ولهذا لا يتوقف على قبول العبد ولا يحتمل الفسخ ويمكنه ان
يبيعه قبل الاداء ولا يصير العبد احق باكسابه ولو ابراه المولى لا يعتق ولا يعتبر ابتداء اداؤه و
لو تبرع به غيره وادى عنه لم يعتق ولو حط عنه البعض بطلبه وادى الباقي لم يعتق ولو مات وترك مالاً
فهو للمولى ولو مات المولى لا يعتبر اداؤه الى الورثة ولا يتبعه اولاده فاذا كان تعليقاً فلا يجبر على
الحنث كما اذا علقه بغيره من الشروط فاذا لم يقبل المولى لم يعتق لان الشرط اداء متصل بقبوله لمكان
قوله الي فلا يتم بفعل العبد وحده بخلاف المكاتب لان الكتابة معاوضة والبدل فيها واجب فاحتجنا الى جعل
المولى قابضاً ليتخلص من عهدة العقوبة ولنا ان هذا اللفظ باعتبار الصورة تعليق وباعتبار المقصود
معاوضة لانه حثه على اكتساب المال ورغبه في الاداء بما جعل له فيه من العتق وهذا معنى الكتابة وهذا المال

بذلك

[illegible]

في الكتاب المال الا لينال شرف الحرية نظيره الهبة بشرط العوض فانه جعل هبة ابتداء حتى يعتبر التقابض
في العوضين وبطل بالشيوع ثم جعل بيعا انتهاء حتى يرد بخيار العيب والرؤية عملا بالشبهين ولو
ادى البعض يجبر على القبول اعتبارا للجزء بالكل لكنه لم يعتق ما لم يؤد الكل لعدم الشرط بخلاف
الكتابة لانها معاوضة فيعتق منها الابتداء وغيره من الاحكام التي ذكرناه وذكر شيخ الاسلام في مبسوطه
ان المولى لا يجبر على قبض البعض لانه انما يكون كالمكاتب اذا كان يعتق بالاداء ولا يقال كيف يجعل معاوضة
وصنعة وكلاهما مال المولى لانا نقول لما ثبت معنى المعاوضة من الوجه الذي بيناه انه كالكتابة ثبت معنى
المعاوضة قبل الاداء اقتضاء وكان احق بكسبه وصار كما اذا كاتب عبده على نفسه وماله فانه يكون احق
بذلك المال ولو اداه عتق ثم اذا ادى الفا اكتسبها بعد التعليق عتق ولم يرجع المولى عليه لانه مأذون
له بالاداء منه فان فضل منه شيء فهو للمولى لانه كسب عبده وان ادى الفا اكتسبها قبله رجع
للاستحقاق وهو لا يمنع العتق كما لو ادى مغصوبا فاستحق هذا اذا كان المال معلوما وان كان مجهولا بان
قال ان اديت الي دراهم فانت حر لا يجبر على قبول المال لان مثل هذه الجهالة لا يكون في المعاوضة فلا
يمكن حملها على الكتابة فيكون يمينا محضا ولا جبر فيها قال وان قال انت حر بعد موتي بالف
فالقبول بعد موته لان ايجاب العتق اضيف الى ما بعد الموت ولا يعتبر وجود القبول قبل وجود الايجاب
فصار كقوله انت طالق غدا ان شئت فانه لا يعتبر مشيئتها قبل غد وكذا لو قال لعبده انت
حر غدا بالف درهم بخلاف ما اذا قال انت مدبر على الف درهم حيث يكون القبول اليه في الحال لان
ايجاب التدبير في الحال الا انه لا يجب المال لان الرق قائم والمولى لا يستوجب على عبده دينا الا ان يكون
مكاتبا فيسقط بخلاف ما اذا اعتقه على مال حيث يجب عليه لان الرق قد زال فان قيل اذا لم يجب المال فما
فائدة القبول قلنا فائدته ان يكون مدبرا ما لم يقبل ونظيره ما لو قال انت حر على الف درهم
بعد موتي فانه يعتبر القبول فيه في الحال فاذا قبل صار مدبرا ولا يجب المال لما ذكرنا وعلى هذا لو قال
ان شئت فانت طالق غدا فالمشيئة في الحال بخلاف ما اذا قال انت طالق غدا ان شئت حيث تكون المشيئة فيه
في غد لما ذكرنا وقال ابو يوسف تعتبر المشيئة فيهما في الغد لان الطلاق توقف على مجيء الغد فيهما فكذا
المشيئة وقال زفر المشيئة في الحال فيهما اذ لا فرق في الايمان بين تقديم المشيئة وتاخيرها ولو قدم المشيئة
يعتبر المشيئة في الحال اجماعا فكذا اذا اخرها ثم قالوا في مسئلة الكتاب لا يعتق وان قبل بعد الموت ما لم يعتقه الوارث
لان الميت ليس باهل للعتق وهذا صحيح وهذا لان العتق ليس بمعلق بالموت وفي مثله لا يعتق الا باعتاق
الوارث كما لو قال انت حر بعد موتي بشهر بخلاف المدبر لان عتقه تعلق بنفس الموت فلا يشترط فيه
اعتاق احد فان قيل اهلية المعلق ليس بشرط وقت وجود الشرط الا ترى انه لو علق الطلاق او العتاق

صار بمنزلة الموصى بعتقه وذلك لا يعتق الا باعتاق الوارث او الوصي او القاضي فكذا هذا قال رحمه الله
ولو حرره على خدمته سنة فقبل عتق يعني من ساعته لان الاعتاق على الشيء يشترط فيه وجود القبول
لا وجود المقبول كسائر العقود وصورة المسئلة ان يقول اعتقتك على ان تخدمني او اما اذا قال ان خدمتني
كذا مدة فانت حر لا يعتق حتى يخدمه لانه معلق بشرط والاول معاوضة قال وخدمه لانه سلم له
المبدل فيجب عليه تسليم البدل قال فلو مات يجب قيمته اي لو مات المولى او العبد يجب قيمته عليه وتؤخذ
من تركته ان كان الميت هو العبد وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد عليه قيمة الخدمة في المدة وهو قول
ابي حنيفة اولا وهذا الخلاف مبني على خلافية اخرى وهي ما اذا باع العبد من نفسه بجارية او اعتقه عليها
ثم هلكت قبل القبض او استحقت يرجع المولى عليه بقيمة نفسه عندهما وبقيمة الجارية عند محمد وعلى هذا لو
اعتق ذمي عبده على خمر في الذمة فاسلم تجب عليه قيمته عندهما وعنده قيمة الخمر له انه معاوضة مال بغير
مال لان نفس العبد ليست بمال في حقه اذ لا يملك نفسه فصار كما لو تزوج امرأة على عبد فاستحق فانها
ترجع عليه بقيمة العبد لا بقيمة البضع وهو مهر المثل ولهما انه معاوضة كما لو اشترى اباه بامة فهلكت
قبل القبض او استحقت فان البائع يرجع عليه بقيمة الاب لا بقيمة الامة وعلى هذا لو استأجر دارا الى سنة بعبد
فقبضه المؤجر فهلك عنده ثم انهدمت الدار او استحقت يرجع عليه بقيمة العبد فكذا هذا لان الاجارة
مبادلة مال بمال لان المنافع تصير مالا بورود العقد عليها ولهذا يجوز التزوج على منافع الدار ونحوها
وتسويتها بين المولى والعبد وطعن عيسى وقال هذا غلط يعني فيما اذا مات المولى بل يأخذ ورثته بما بقي على
العبد من الخدمة لان الخدمة دين عليه فيخلفه وارثه فيه بعد موته كما لو اعتقه على الف درهم ثم استوفى
بعضها ومات ولكن في ظاهر الرواية نقول الناس متفاوتون في الخدمة وكان الشرط في العقد خدمة المولى فيفوت
ذلك بموت المولى كما يفوت بموت العبد قال شمس الائمة السرخسي ان هذا العذر ليس بقوي فان الخدمة
عبارة عن خدمة البيت وهي معهود بين الناس لا يتفاوتون فيها فلا تفوت بموت المولى ولكن الاصح
ان نقول الخدمة عبارة عن المنفعة وهي لا تورث فلا يمكن ابقاء عين المنفعة بعد موت المولى فلهذا كان
المعتبر قيمة نفسه او قيمة المنفعة على حسب اختلافهم وفي قوله لا يتفاوتون فيه نظر فان خدمة الفقراء اسهل
من خدمة غيرهم وخدمة الشيخ اضعف من الشاب وقد يكون الكثير في خدمة الواحد اسهل من خدمة الجماعة
وهذا ظاهر قال ولو قال اعتقها بالف على ان تتزوجني ففعل فابت ان تتزوجه عتقت مجانا لان
من قال لغيره اعتق عبدك على الف درهم علي لا يلزمه ووقع العتق بخلاف ما اذا كان في الطلاق وقد حققناه
في عتق الحمل وقوله اعتقها على ان تتزوجني وهكذا ذكر في عامة نسخ الهداية وقد ذكرها في بعض النسخ وهو الحق
وعكسه يدل على ذلك فانه قال لان اشتراط البدل على الاجنبي في الطلاق جائز وفي العتاق لا يجوز ولا يكون اشتراطا

الالف على قيمتها وعلى مهر مثلها فما اصاب القيمة اداه الا امة وما اصاب المهر سقط لانه لما قال عني فقد تضمن
الشرا اقتضاء على ما تقدم في احد باب نكاح الرقيق فاذا كان كذلك فقد قابل الالف بالرقبة شراء وبالبضع
نكاحا فانقسم عليهما ووجب عليه حصة ما سلم له وهو الرقبة وبطل عنه ما لم يسلم له وهو البضع ولم يبطل
البيع باشتراط النكاح لانه مقتضى لصحة العتق عنه فيكون مندرجا فيه فلا يعطى فيه شرايطه بل شرايط المقتضي
وهو العتق فلهذا اوجب عليه حصته من الالف المسمى ولو كان فاسدا لوجب عليه القيمة ولو زوجت نفسها
منه في الوجهين لم يذكره في الجامع الصغير وجوابه ان ما اصاب قيمتها سقط في الوجه الاول وهو للمولى
في الوجه الثاني وما اصاب مهر مثلها كان مهرا لها في الوجهين لانه قابل الالف بالرقبة والبضع فيقسم
عليهما فيجب عليه ما سلم له دون غيره ولو اعتق امته على ان تتزوج نفسها فتزوجته نفسها كان لها مهر
مثلها عند ابي حنيفة ومحمد لان العتق ليس بمال فلا يصلح مهرا وعند ابي يوسف يجوز جعل العتق صداقا
لانه عليه الصلاة والسلام اعتق صفية ونكحها وجعل عتقها مهرها كان النبي صلى الله عليه وسلم
مخصوصا بالنكاح بغير مهر فان ابت ان تتزوجه فعليها قيمتها في قولهم جميعا وكذا لو اعتقت المراة عبدا
على ان يتزوجها فان فعل فلها مهرها وان ابى فعليه قيمته

باب التدبير

قال رحمه الله هو تعليق العتق بمطلق موته اي موت المولى هذا في الشريعة وفي المبسوط التدبير
عبارة عن العتق الموقع في المملوك بعد موت المالك والاول احسن لان الثاني يرد عليه التدبير
المقيد بان قال ان مت في سفري او مرضي هذا او من مرضي كذا ونحو ذلك مما ليس بمطلق في
احترز الشيخ عنه بقوله بمطلق موته والتدبير ماخوذ من قوله صلى الله عليه وسلم في ام الولد وهي معتقة
عن دبر منه وفي اللغة التدبير هو النظر فيما يؤول عاقبته اليه ودبر الرجل اذا ولى فكانه من دبر
الحياة او من التدبير لانه دبر نفسه فيه حيث استخدمه حال حياته وتقرب به الى الله تعالى بعد وفاته
قال كان اذا مت فانت حر ~~الى اخره وهذا تمثيل التدبير~~ ~~منى او دبرتك اي كقوله اذا مت~~
فانت حر او انت حر يوم اموت او عن دبر مني او دبرتك اي كقوله اذا مت فانت حر الى اخره وهذا
تمثيل للتدبير المطلق لانه علق عتقه بمطلق موته فيصير به مدبرا لانه صريح فيه ويوم اذا قرن
بفعل لا يمتد يراد به مطلق الوقت فيكون تدبيرا مطلقا ولو نوى النهار دون الليل لا يكون مدبرا
مطلقا لاحتمال ان يموت بالليل وكذا لو قال اعتقتك بعد موتي او انت عتيق او معتق او محرر الخ
بعد موتي الى غير ذلك من الفاظ العتق وكذا اذا قال ان مت فانت حر لانه تعليق بالموت وان كان
كاينا لا محالة وكذا اذا قال ان حدث بي حدث فانت حر لان الحدث يراد به الموت عادة وكذا اذا قال
انت حر مع موتي لان اقتران الشيء بالشيء يقتضي وجوده معه فكان اثباتا للعتق في حال ~~حياته~~ وجوده

الموت وكذا لو قال في
موتي لانه صحو الطرف
اذا دخل على الفعل
بغير شرط كقوله
انت طالق في دخولك
الدار وكذا اذا ذكر
مكان الموت الوفاة
او الهلاك لانه
بمعناه ولا الفتاح الى
النية في هذه الالفاظ
لانها صريح فيه وتكون
مطلقة لعدم تقييده
مقيدة بمحل احد ان

باب التدبير

الفاظه ثلاثة انواع احدها ان يصرح بالتدبير بان يقول دبرتك او يضيف الحرية الى ما بعد
موته كقوله انت حر بعد موتي او نحو ذلك وروى هشام عن محمد انه اذا قال انت مدبر بعد موتي
يصير مدبرا للحال لان المدبر اسم لمن يعتق عليه بعد موته فصار كقوله انت حر بعد موتي
والثاني ان يكون بلفظ التعليق كقوله ان مت فانت حر ونحوه من القران بالموت او التعليق
به والثالث ان يكون بلفظ الوصية بان قال اوصيت لك برقبتك او بعتقك لان العبد لا يملك نفسه فكانت
الوصية له وصية بالعتق وكذا لو اوصى له بثلث ماله لان رقبته من جملة ماله فكان موصى له بثلث رقبته
وهو تمليك بعد الموت وتمليك العبد من نفسه اعتاق لانه لا يملك نفسه فصار كانه قال انت حر بعد موتي
قال فلا يباع ولا يوهب وقال الشافعي رحمه الله يجوز بيعه وغيره من التصرفات لما روي عن
جابر ان رجلا اعتق غلاما له عن دبر منه فاحتاج فاخذه النبي صلى الله عليه وسلم فقال من يشتريه مني
فاشتراه نعيم بن عبد الله بكذا وكذا فدفعه اليه متفق عليه وفيما رواه النسائي كان عليه دين فباعه النبي عم
بثمان مائة درهم فاعطاه فقال له اقض دينك وانفق على عيالك ولان التدبير تعليق العتق بالشرط ولا تاثير له
في المحل قبل وجود الشرط فلا يمنع جواز التمليك كما لو علقه بغيره من الشروط وكالمدبر المقيد ولان التدبير وصية
حتى يصح بلفظ الوصية وتعتبر من الثلث والوصية لا تمنع الموصي من التصرف **ولنا** رواية ابن عمر ان النبي صلى
الله عليه وسلم قال ان المدبر لا يباع ولا يوهب ولا يورث وهو حر من الثلث احتج به الطحاوي وغيره من الايمة
وروى ابو الوليد الباجي ان عمر رضي الله عنه رد بيع المدبرة في ملا خير القرون وهم حضور متوافرون
وهو اجماع منهم ان بيع المدبر لا يجوز ولانه وجد فيه سبب العتق وقد تعلق بمطلق موت المولى فلا يجوز
بيعه كام الولد وهذا لانه يعتق بعد الموت بهذا الكلام لا بكلام اخر فجعله سببا للحال اولى من جعله سببا
بعد الموت لقيام الاهلية في الحال وزوالها بعد الموت ولا يقال انها موجودة بعد الموت حكما كما قلنا
في رجل علق طلاق امراته بالشرط فوجد الشرط وهو مجنون لانا نقول الشي انما يعتبر موجودا حكما اذا
امكن وجوده حقيقة ولا امكان هنا لاستحالة وجود الفعل من الميت ولان هذا الحكم لا يثبت الا اذا حكم الشرع
بموته ومتى حكم بموته استحال ان نحكم بحياته لافضائه الى التناقض بخلاف ما اذا جن لانه اهل للتصرف في الجملة
الا ترى انه يعتق عليه قريبه بالملك ويمكن وجود الشرط وهو اصل ايضا فامكن اعتباره حكما بخلاف ما نحن
فيه لانه لا يمكن جعله سببا بعد الموت لانه حال زوال الاهلية فكان سببا في الحال واخرنا الحكم مع انعقاد السبب
كما في البيع بشرط الخيار وهذا هو القياس في ساير التعليقات الا انه وجد المانع من السببية وهو انعقاده يمينا
واليمين تصدق اخذ بمنع الحكم لانه ينعقد للمنع عن مباشرة الشرط والمانع من الشرط مانع من الحكم المتعلق به فتضاده
وقوع الجزا وضد الشي لا يكون سببا له لان ادنى درجات السبب ان يكون مفضيا به الى المسبب مما طلبك اذا كان

فيما قلنا دوامي يكون
سببا اذا انتقض
باليمين
بالمعلق وامكن جعله
سببا في ذلك الوقت لبقاء
اهلية المتصرف فيه
لم ينعقد تصرفا اخر
في الحال يمنع سببا وزوال
فلا يجوز ابطاله لانه تعلق
به حق العبد وهذا لا يرد
عليه فلا يقبل
الابطال فلا يفسخ الا بالاستيلاد
وبيعها كالاستيلاد
ولانه وصية واثبات
الخلافة في ملكه للموصى له
مقدما على الوارث

فاعتبر سبباً في الحال لاثبات الخلافة كما في الهداية وما رواه حكاية حال فلا يمكن الاحتجاج به لانه يحتمل انه كان
مدبراً مقيداً ويحتمل انه باع منفعته بان اجره والاجارة تسمى بيعاً بلغة اهل المدينة لان فيها بيع
المنفعة ويؤيده ما رواه جابر انه عليه الصلاة والسلام باع خدمة المدبر ذكره ابو الوليد المالكي رحمه الله
ويحتمل انه باعه في وقت كان يباع الحر بالدين كما انه عليه السلام باع حراً ابدينه ثم نسخ في قوله تعالى وان كان
ذو عسرة فنظرة الى ميسرة ذكره في الناسخ والمنسوخ ولا نسلم ان التدبير وصية محضة بل انعقد السبب
فيه للحال على ما بينا ولهذا لا يبطل التدبير بقتل المدبر سيده ولا يملك الرجوع عنه بالقول ولو كان التدبير
وصية محضة لبطل ويملك الرجوع **قال** ويستخدم ويؤجر وتوطأ وتنكح اي يستخدم المدبر
ويؤجر للناس ويطأ المولى الامة المدبرة ويزوجها من انسان لان ملكه ثابت فيه وهذا
يدخل تحت قوله كل مملوك لي حر وبالملك يستفاد ولاية هذه التصرفات وهي لا تبطل حق المدبر
في نفسه بخلاف البيع ونحوه فانها تبطل حقه فيه فلا يملك وليس له ان يرهنه لان موجب الرهن
ثبوت يد الاستيفاء من المالية بطريق البيع وهو ليس محلاً للبيع كام الولد **قال** وبموته يعتق
من ثلثه اي بموت المولى يعتق من ثلث ماله لما روينا ولان التدبير وصية لكونه تبرعاً مضافاً الى ما
بعد الموت فينفذ من الثلث **قال** ويسعى في ثلثيه لو مقيداً او كله لو مديوناً يعني سعى في ثلثي قيمته
اذا كان المولى مفيداً ولم يكن له مال غيره ويسعى في جميع قيمته اذا كان عليه دين يستغرق ماله لما ذكرنا
انه وصية ومحل نفاذه الثلث ولم يسلم للموصى له شي الا اذا سلم للورثة ضعفه والدين مقدم على الوصية
ولا يمكن نقض العتق فيجب نقضه معنى برد قيمته **قال** ويباع ان قال ان مت في سفري او مرضي او
الى عشر سنين او عشرين سنة او ان مت بعد موت فلان ويعتق ان وجد الشرط يعني ان التدبير بموته
على صفة بان قال ان مت في سفري او مرضي الى آخره يجوز بيعه لانه ليس بمدبر مطلق ويعتق ان
مات المولى على تلك الصفة لوجود الشرط وهذا لان الموت على تلك الصفة ليس كايناً لا محالة فلم ينعقد سبباً
في الحال واذا انتفى معنى السببية لتردده بين الثبوت والعدم بقي تعليقاً كساير التعليقات فلا يمنع البيع
بخلاف المدبر المطلق لان عتقه معلق بمطلق موته وهو كاين لا محالة فاذا اعتق بوجود الشرط اعتق كما
يعتق المدبر اعني من ثلث ماله لان الصفة كالصارت متيقنة في آخر جزء من اجزاء حياته اخذ حكم المدبر
المطلق لزوال التردد ولو وقته بمدة لا يعيش مثله اليها بان قال ان مت الى مائة سنة فانت حر و
مثله لا يعيش مثله اليها اي مائة سنة فهو مدبر مطلق عند الحسن بن زياد وقال ابو يوسف ليس بمطلق
لان العبرة للتوقيت ولا ينظر الى طول المدة او قصرها كما في التوقيت في النكاح والمختار هو الاول لانه
اذا كان في الغالب لا يعيش اليه صار كالكاين لا محالة ومن المقيد ان يقول اذا مت وغسلت فانت حر لانه

[illegible]

ومن المقيد

ومن المقيد ان يقول انت حر قبل موتي بشهر او بيوم ومضى الشهر او اليوم فهو مقيد حتى يملك
بيعه وقال زفر لا يملك لانه مطلق للتيقن به **قلنا** احتمال موته قبل الشهر كان قائماً وقت اليمين
فصار مقيداً فلا يتغير بعد ذلك بمضي الشهر او اليوم ولان المدبر هو الذي يعتق بموت مولاه وهذا
يعتق قبله فلا يكون مدبراً وذكر في اختلاف زفر ويعقوب اذا قال لعبده اذا مت او قتلت فانت حر
فعند زفر يكون مدبراً لان عتقه تعلق بموته حتى يعتق اذا مات على اي وجه كان وعلى قول ابي يوسف
لا يكون مدبراً لان عتقه علقه باحد الشيئين بالموت او القتل فلم يكن عزيمة في احدهما فلم يكن
مدبراً والله اعلم **باب الاستيلاد** وهو طلب الولد لغة وفي الشرع طلب الولد
من الامة وام الولد للامة المستولدة وهو من الاسماء التي خرج بها من العموم الى الخصوص كالتيمم و
الحج فانه اسم لمطلق القصد لغة وقد صار في العرف لقصد مخصوص ونظيره البيت والكعبة والنجم والوتد
قال رحمه الله ولدت امة من السيد لم تملك اي اذا ولدت امة من مولاها لا يجوز تمليكها لما روي
عن ابن عباس رضي الله عنهما انه عليه الصلاة والسلام قال من وطئ امة فولدت له فهي معتقة عن دبر
منه رواه احمد وابن ماجة وعنه رضي الله عنه ذكرت ام ابراهيم عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال
اعتقها ولدها رواه ابن ماجة ~~وعنه رضي الله عنه ذكرت ام ابراهيم عند رسول الله صلى الله عليه وسلم~~ والدارقطني وعن ابن عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع امهات الاولاد وقال لا يبعن ولا يوهبن
ولا يورثن يستمتع بها السيد ما دام حياً فاذا مات فهي حرة رواه الدارقطني ورواه مالك في الموطا
ولان الجزئية قد حصلت بين الواطي والموطوءة بواسطة الولد فان الماءين قد اختلطا بحيث لا
يمكن التمييز بينهما على ما عرف في موضعه الا ان بعد الانفصال تنتفي الجزئية حكماً لا حقيقة فضعف
السبب فاوجب حكماً مؤجلاً الى ما بعد الموت وبقاء الحرية باعتبار النسب وهو من جانب الرجل فكذا
الجزئية تثبت في حقهم لا في حقهن حتى لو ملكت الحرة زوجها بعد ما ولدت منه جاز لها بيعه فلا يعتق بموتها
وبثبوت عتق مؤجل يثبت حق الحرية في الحال ويوجب عتقها بعد موته وكذا اذا كان بعضها
مملوكاً له لان الاستيلاد لا يتجزى اذ الملك تكميله اذ هو فرع النسب فيعتبر باصله وقال بشر
وداود الظاهري يجوز بيعها ولا تعتق بموت المولى وروي عن علي رضي الله عنه انه كان يجوز
بيع امهات الاولاد ثم رجع الى قول الجماعة وحكي عن ابي سعيد البردعي شيخ الكرخي انه خرج حاجاً
من بردعة فوصل في يوم الجمعة بغداد فرأى بعد صلاة الجمعة قوماً جلسوا للنظر وفيهم داود
فسأله حنفي عن بيع ام الولد فقال يجوز بيعها لان كان بيعها جايزاً قبل العلوق بالاجماع فنحن
على هذا الاجماع حتى ينعقد اجماع آخر لان ما ثبت باليقين لا يزول الا بيقين مثله فتحير الحنفي فانه

[illegible]

يقول فاما الزبد فيذهب جفاء واما ما ينفع الناس فيمكث في الارض فما لبث ساعة ان
تدع الناس باليد واخبره بموت داود فاستنقذ امره بعد ذلك **قال** ويتوطاها ويستخدمها
وتوجد وتزوج لبقاء ملكه وولاية هذه التصرفات يستفاد به فصارت كالمدبرة ولا يثبت نسب ولدها
في اول مرة الا ان يعترف به وقال الشافعي رحمه الله يثبت نسب ولدها اذا اعترف بالوطء وان عزل
عنها الا ان يدعي انه استبراها بعد وطئها بحيضة لانه لما ثبت النسب بالعقد فلان يثبت بالوطء وانه
اكثر ولانه ايضا اولى **ولنا** ان وطء الامة يقصد به قضاء الشهوة دون الولد لوجود ما يمنع من الولد
وهو سقوط تقومها او نقصان قيمتها او الاستنكاف باولاد الاماء عادة او ضياعة الحمل فان النفوس
الابية تستنكف عن وطئهن فضلا عن طلب الولد منهن وانما يتفق ذلك لبعض الناس لغلبة الشهوة في
القياس على النكاح ممتنع لان المقصود من النكاح التوالد ولهذا يثبت نسبه منه وان لم يطاها لوجود الفراش
القوي وبعد الا ينفرد بالعزل والاستبراء بالحيضة لا يفيد لان الحامل تحيض عنده فاري فايدة في اشتراطه
وروي الطحاوي عن عكرمة عن ابن عباس انه كان له جارية يطاها فحملت فقال ليس مني اني اتيتها
اتيانا لا اريد به الولد وعن عمر انه كان يعزل عن جارية فجاءت بولد اسود فشق عليه فقال ممن هو
فقالت من راعي الابل فحمد الله واثنى عليه ولم يلتزمه ولو اعترف بالحمل فان جاءت به لستة اشهر ثبت
نسبه منه للتيقن بوجوده وقت الاقرار ولا فرق في ذلك بين ان يكون حيا او ميتا بعد ما استبان
خلقه وان جاءت به لاكثر لم يثبت **قال** فان ولدت بعده ثبت بلا دعوى بخلاف الاول اي اذا
ولدت ولدا بعد الولد الاول ثبت نسبه منه بلا دعوى لانه لما ادعى الولد الاول تعين الولد مقصودا
منها فصارت فراشا له وقال عليه الصلاة والسلام الولد للفراش وصارت كالمنكوحة ولهذا لو اعتقها
المولى او مات عنها تجب عليها العدة بثلاث حيض هذا اذا لم تحرم عليه اما اذا حرمت عليه بوطء امها وتحو
لم يثبت الا بالدعوى لانقطاع الفراش **قال** وانتفى بنفيه اي انتفى نسب ولدها الولد بعد ما اعترف
بالاول بمجرد نفيه من غير لعان لان فراشها ضعيف حتى يملك نقله بالتزويج بخلاف المنكوحة حيث لا ينتفي
نسب ولدها الا باللعان لتاكد الفراش الا ترى انه لا يملك ابطاله بالتزويج وذكر في النهاية معزيا الى المبسوط
فقال انما يملك نفيه ما لم يقض القاضي به او لم يتطاول ذلك اما اذا قضى القاضي به فقد لزمه على وجه لا يملك
ابطاله وكذا بعد التطاول لانه وجد منه دليل الاقرار من غير قبول التهنية ونحو فيكون كالتصريح بالاقرار
قدر مدة التطاول ما ذكرنا في باب اللعان على اختلافهم ولو اعتقها ثم جاءت بولد الى سنتين لزمه
ولا ينتفي بنفيه لان فراشها قد تاكد بالحرية ولهذا لا يملك نقله بالتزويج وليس له ان يتزوج اختها عند ابي
حنيفة ما دامت في العدة وعلى هذا لو مات فجاءت بولد لاقل من سنتين ثبت ولزم لما قلنا ثم اعلم انه لا يلزمه
ان يعترف بنسب ولد الجارية في الحكم لما ذكرنا واما فيما بينه وبين الله تعالى فان كان وطئها وحصنها ولم يعزل

عنها يلزمه

٥٧

عنها يلزمه ان يعترف به ويدعي انه منه لان الظاهر انه منه لانتفاء الزنا لا سيما عند التحصين وهو عبارة
عن حفظها عما يوجب ريبة الزنا وعند عدم العزل وقد ولدته في ملكه والبناء على الظاهر فيما لا يعلم حقيقته
واجب واما اذا لم يحصنها او عزل عنها فعن ابي حنيفة انه يجوز له نفيه لان الظاهر وان كان عدم
الزنا يعارضه ظاهر آخر وهو العزل او عدم التحصين وعن ابي يوسف انه اذا وطئها ولم يستبرئها
بعد ذلك حتى جاءت بولد فعليه ان يدعيه عزل عنها او لم يعزل عقيب سبب تحال عليه حتى يتبين خلافه
وفي الايضاح ذكر قول ابو يوسف بلفظ الاستحباب وفي المبسوط بلفظ الوجوب وعن محمد رحمه الله لا ينبغي
له ان يدعي نسبه اذا لم يعلم انه منه ولكن ينبغي له ان يعتق الولد ويستمتع بالام ثم يعتقها بعد موته
لان استلحاق نسب ولد ليس منه لا يحل شرعا فيحتاط من الجانبين وهو مستحب عنده **قال** رحمه الله
وعتقت بموته من كل ماله ولم يسع لغريم اي عتقت بموت المولى من جميع ماله ولا يلزمها السعاية لغريم
ولا لوارث لما روينا وبينا من المعنى ولان الاستيلاد من حوائجه الاصلية لما ان قوامه بالنسل معنى كما ان
قوامه بالاكل حقيقة وحاجته مقدمة على حق الغرماء والورثة كحاجته الى التجهيز والتكفين بخلاف التدبير
لانه ليس من اصول حوائجه ولانها لا تتقوم عند ابي حنيفة رضي الله عنه وحق الغرماء لا يتعلق بما لا يتقوم كالقصاص
حتى اذا قتل المديون ووجب القصاص بقتله او قتل له ولي ووجب له القصاص على القاتل ثم مات المديون قبل
ان يقتله او قتل هو رجلا فوجب عليه القصاص فللاولياء ان يقتلوا القاتل او يعفوا عنه بغير شيء
وكذا الاولياء المقتول ان يقتلوا الغريم وان ادى الى بطلان حقهم فهذا كذلك **قال** رحمه الله ولو اسلمت
ام ولد النصراني سعت في قيمتها وهي بمنزلة المكاتبة فلا تؤدي السعاية الى الارتداد بالمولى وقال
زفر رحمه الله تعتق للحال والسعاية دين عليها وهذا الخلاف فيما اذا عرض على المولى الاسلام فابى له
ان في استدامة الملك عليها ذلا لان الذل الحاجز عن المسلم واجب وذلك بالبيع او العتق وقد تعذر
الاول فتعين الثاني **ولنا** انه تعذر ابقاؤها في ملك المولى يد يده نظرا للجانبين وهذا لان الذل في الاحكام
فقط بملك اليمين وذا يزول بالاستسعاء بالسعاية كما في معتق البعض نظرا للجانبين وهذا لان الذل
لانها تخرج عن يده وتكون حرة يدا واحق بمكاسبها ونفسها ودفع الضرر عن الذمي واجب ايضا لانه
قلنا بزوال ملكه في الحال بلا بدل في ذمة مفلسة والمال في ذمة المفلس كالتاوي بل هو ~~كلا يتوان~~ ولانها
تتوانى ولا تنشط على الاكتساب بعد حصول الحرية لحصول مقصودها بخلاف ما اذا لم تعتق لانها تنشط وتجتهد
على تحصيل المال لتنال شرف الحرية فكان ضررا عليه لانه بمنزلة ان تهاعن ملكه بلا بدل ولا يقال هي
غير متقومة عند ابي حنيفة فكيف تجب عليها السعاية لانا نقول وجوب السعاية لا يشترط فيه التقوم
الا ترى ان القصاص لا يتقوم ومع هذا لو عفى بعض الاولياء انقلب نصيب الباقين مالا للتعذر ودفع الضرر
عنهم ولا

في هذا الى ام الولد لانها اذا اسلم مدبر النصراني تسعى في قيمته لما ذكرنا في ام الولد قال وان
ولدت بنكاح ثم ملكها فهي ام ولده اي اذا تزوج امة فولدت له ثم ملكها صارت ام ولد له وقال الشافعي
لا تصير ام ولد له ولو استولدها بملك يمين ثم استحقت ثم ملكها صارت ام ولد له عندنا وله فيها قولان
له قوله صلى الله عليه وسلم ايما امة ولدت من سيدها فهي حرة عن دبر منه شرط لثبوت العتق لها ان تكون
الولادة من سيدها وهذه ولدت من زوجها لا من سيدها ولانها علقت برقيق فلا تكون ام ولد له كما لو
علقت من الزنا ثم ملكها الزاني وهذا لان ثبوت امومية ام الولد باعتبار علوق الولد حرا لانه جزء الام
في تلك الحالة والجزء لا يخالف الكل ولنا ان النسب هو الجزئية على ما ذكرنا والجزئية تثبت بينهما بنسبة الولد الى كل واحد
منهما كاملا وقد ثبت النسب فتثبت الجزئية بينهما بواسطة انتساب الولد اليهما بخلاف ولد الزنا فانه لا نسبة
له الى الزاني نظيره من اشترى اخاه من ابيه او عمه من الزنا حيث لا يعتق عليه لانه ينتسب اليه بواسطة
نسبته الى الجد او الاب وهي غير ثابتة وانما يعتق عليه ولده من الزنا بالملك لانه جزؤه حقيقة بغير
واسطة بخلاف العتق والتدبير قبل الملك فان ذلك لغو شرعا اذ لا عتق فيما لا يملك ابن ادم فلا يظهر
حكمه بعد الملك وهذا النسب متقرر شرعا ولا يعتبر بما ذكر من حديث الجنين لانه لو اعتق ما في بطنها
لم يثبت لها حق العتق ولا حقيقته ولو كان لاجل الانفصال لثبت ولا حجة له بما روي لانه لا ينفي على ان
العلوق وجد في ملكه وهو نظير ملك القريب فانه لا يشترط لعتقه ان يكون حادثا في ملكه وفيما اذا ولدت
من الزنا خلاف زفر وهو القياس وجوابه ما بينا ولو طلقها فتزوجت بغيره فولدت منه ثم اشتراها
مع اولادها كلهم تصير ام ولد له ويعتق ولدها منه وولدها من غيره يجوز بيعه ولا يكون بمنزلة امه
خلافا لزفر بخلاف الولد الحادث في ملكه حيث يكون حكمه حكم امه بالاتفاق وان وطئ جارية ابنه
فجاءت بولد فادعاه الاب ثبت نسبه منه وصارت ام ولد له وعليه قيمتها وليس عليه عقرها ولا قيمة
ولدها وقد ذكرناها في النكاح ويشترط لصحة دعوة الاب ان يكون له ولاية التملك من وقت العلوق الى وقت
الدعوة حتى لو حبلت في غير ملك الابن او حبلت في ملكه ثم اخرجها عن ملكه ثم ردها الى ملكه او جن الاب
او كان رقيقا او كافرا فافاق او اعتق او اسلم فجاءت بولد لاقل من ستة اشهر من ذلك لم يصح
دعوة الاب لعدم قبول النقل الى ملك الاب ولو وطئ اب الاب مع قيام ولاية الاب لا يثبت النسب منه
لانه لا ولاية للجد حال قيام ولاية الاب وان زالت ولاية الاب بالموت او الرق او الكفر او الجنون تصح
دعوة الجد لان المصحح ثبوت الولاية للجد من وقت العلوق الى وقت الدعوة كما ذكرنا في الاب حتى لو لم
يوجد ملك الجارية في بعض هذه المدة او لم يكن الجد اهلا للولاية في بعضها لا يصح دعوته قال رحمه الله
ولو ادعى ولد امة مشتركة ثبت نسبه لاحتياج الولد الى النسب لانه صادف ملكه في النصف فتصح دعوته

وعند ابي حنيفة يصير نصيبه ام ولد له ثم يتملك نصيب صاحبه اذ هو قابل للتملك اذ لم تحصل لها
شيء من اعتبار الحرية قبل كالتدبير ونحوه قال وعليه نصف قيمتها لانه تملك نصيب صاحبه
لما استكمل الاستيلاد وتعتبر قيمتها يوم العلوق لان امومية الولد تثبت من ذلك الوقت ولا تختلف
بين ان يكون موسرا او معسرا لانه ضمان تملك بخلاف ضمان العتق على ما عرف في موضعه قال
ونصف عقرها اي لزمه نصف عقرها لانه وطئ جارية مشتركة اذ ملكه ثابت بعد الوطء حكما
للاستيلاد فيتعقبه الملك في نصيب صاحبه بخلاف الاب اذا استولد جارية ابنه حيث لا يجب عليه العقر
لان الملك هناك يثبت شرطا للاستيلاد فيتقدمه فصار واطئا ملك نفسه وانما كان كذلك لان ماله
من الحق لا يكفي للاستيلاد لانه حق تملك لا حقيقة ملك ولا حقه ولهذا يجوز له ان يتزوجها بخلاف
الشريك فان له حقيقة الملك في النصف فيكفي لصحة الاستيلاد فلا حاجة الى النقل قال ولا قيمته
اي لا يلزمه قيمة الولد لانه علق حر الاصل اذ النسب يثبت مستندا الى وقت العلوق والضمان يجب
في ذلك الوقت فيحدث الولد على ملكه ولم يتعلق منه شيء على ملك شريكه قال ولو ادعياه معا ثبت نسبه
منهما ومعناه اذا حبلت في ملكهما وكذا اذا اشترياها حبلى لا تختلف في حق ثبوت النسب منهما وانما
تختلف في حق وجوب العقر والولاء وضمان قيمة الولد حتى لا يجب على كل واحد منهما العقر لصاحبه
لعدم الوطء في ملكه ويجب عليه قيمة نصف الولد ان كان المدعي واحدا ويثبت لكل واحد منهما فيه الولاء
لانه تحرير على ما عرف في موضعه وقال الشافعي رضي الله عنه يرجع الى قول القافة لان اثبات النسب
من شخصين مع علمنا ان الولد لا يتخلق من مائين متعذر وقد سر رسول الله صلى الله عليه وسلم
بقول القافة في اسامة بن زيد ولان النسب مما لا يتجزأ فلا يتصور فيه الشركة كالنكاح ولنا كتاب
عمر رضي الله عنه الى شريح رحمه الله لبسا فلبس عليهما ولو بينا لبين لهما هو ابنهما يرثهما ويرثانه وهو
للباقي منهما وكان ذلك بمحضر من الصحابة من غير نكير وهو مذهب علي وابن عباس وزيد بن ثابت و
لانه رجم بالغيب والله تعالى هو المنفرد بعلم الغيب وبعلم ما في الارحام ولان فيه قذفا للمحصنات و
لهذا صار قذفا في غير هذه الحالة اجماعا ولان قول القايف لو كان معتبرا شرعا لرجع اليه في اللعان
بنفي الولد ولم ينف الولد بالجهل وهذا دليل على ان قوله غير معتبر ولانه من احكام الجاهلية قال
الله تعالى افحكم الجاهلية يبغون قالت عايشة رضي الله عنها كانت انكحتهم على اربعة انحاء منها ان رهطا كانوا
يجتمعون على امراة فاذا اتت بولد دعوا القايف فالحقه باشبههم وذلك باطل بما تلونا ولان القايف
في اللغة هو الذي يقول الباطل قال الشاعر وطال حذاري خيفة البين والنوى ومن قايف في قوله
يتقول اي يقول الباطل وسرور النبي عم كان لقطع طعن المشركين لانهم كانوا يطعنون في نسب اسامة
بن زيد

تحققه انه عليه الصلاة والسلام لم تثبت نسبه به ولم تجعل قوله حجة فيه لان نسبه كان ثابتا قبل ذلك فكيف
يصح الاستدلال به على ثبوت النسب وهو لم يثبت به شيء ولان الشبه لا يوجب ثبوت النسب ولا عدم الشبه
يوجب انتفاءه لان الله تعالى يفعل ما يشاء ويحكم ما يريد الا ترى ان الرجل الذي قال لرسول الله صلى
الله عليه وسلم ان امراتي ولدت غلاما اسود فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم هل لك ابل فقال
نعم قال ما الوانها قال حمر قال هل فيها من اورق فقال ان فيها لورقا فقال مما ترى ذلك جاءها
قال من عرق نزعها فقال صلى الله عليه وسلم فلعل هذا ايضا عرق نزعه رواه الجماعة ولم يرخص له عليه الصلاة
والسلام في نفيه لعدم الشبه ولم يعول عليه حكما مما يدل على ان ذلك ليس بشيء ولانهما استويا في سبب
الاستحقاق فيستويان في الاستحقاق والنسب وان كان لا يتجزى لكن يتعلق به احكام متجزية كالميراث والنفقة
والحضانة والتصرف في المال واحكام غير متجزية كالنسب وولاية الانكاح فما يقبل التجزية يثبت بينهما على التجزية
وما لا يقبلها يثبت في حق كل واحد منهما على الكمال كانه ليس معه غيره الا اذا وجد المرجح في حق احدهما
احدهما فلا يعارضه المرجوح كما اذا كان احدهما اب الاخر لان للاب حقا في مال ابنه او يكون احدهما ذميا
والاخر مسلما لان الاسلام يعلو ولا يعلى عليه والحر اولى من العبد والمرتد اولى من الذمي والكتابي
اولى من المجوسي قال رحمه الله وهي ام ولدهما لان دعوة كل واحد منهما في نصيبه في الولد معتبرة راجحة
على دعوة صاحبه لقيام المرجح فيصح دعوته فيه فتتبعه امه فيصير نصيبه فيها ام ولد له تبعا لولدها
قال وعلى كل واحد نصف العقر لان الوطء في المحل المعصوم سبب للضمان الجابر او الحد الزاجر
فتعذر ايجاب الحد للشبهة فيجب العقر قال وتقاصا لعدم فائدة الاشتغال بالاستيفاء الا اذا كان
نصيب احدهما اكثر من نصيب الاخر فياخذ منه الزيادة اذ المهر يجب لكل واحد منهما بقدر ملكه فيها بخلاف
البنوة والارث منه حيث يكون لهما على السواء لان النسب لا يتجزى وهو في الحقيقة لاحدهما فيكون بينهما
على السواء لعدم الاولوية قال وورث من كل ارث ابن اي يرث الابن من كل واحد منهما ميراث ابن
كامل لان كل واحد منهما اقر له على نفسه ببنوته على الكمال فيقبل قوله قال وورثا منه ارث اب
اي يرثان منه ميراث اب واحد لان المستحق احدهما فيقتسمان نصيبه لعدم الاولوية كما اذا اقام كل
واحد منهما البينة ان هذا ابنه او على ان هذا الشيء له قال ولو ادعى ولد امة مكاتبة وصدقه
المكاتب لزم النسب لتصادقهما على ذلك فصار كما لو ادعى نسب جارية الاجنبي فصدقه المولى قال
والعقر اي ولزمه العقر لانه وطئ بغير نكاح ولا ملك يمين وقد سقط عنه الحد للشبهة فصار كوطء
المكاتبة بل اولى لان في المكاتبة ملك الرقبة ثابت للمولى ومع هذا اوجب عليه العقر بوطئها كوجوب
الارش بالجناية عليها لانها صارت بالعقد كالاجنبية عنه والعقد ملحق بالارش وليس له في جارية
المكاتب ملك كان
اولى بالوجوب قال
[illegible]
[illegible]

لانه لا ملك له فيها حقيقة وما لزمه الحق كاف لصحة الاستيلاد فلا حاجة الى النقل وتقديم الملك بخلاف
جارية الابن لانه ليس للاب فيها حقيقة الملك ولا حقه وانما له حق التملك وذلك غير كاف لصحة الاستيلاد
فاحتجنا الى نقلها الى ملك الاب ليصح الاستيلاد قال وان كذبه لم يثبت النسب اي ان كذبه
المكاتب لم يثبت نسب الولد منه وقال ابو يوسف يثبت لان الجارية كسب كسبه فصار كجارية الابن
بل اولى لان للمولى في المكاتب ملك الرقبة ولهذا ينفذ عتقه ويمنع المكاتب من التصرف عليه الاكتساب
بخلاف الابن وحقه ايضا في ملك المكاتب اقوى ولهذا منع المكاتب من التصرفات فكان اولى بالتنفيذ
من غير تصديق وجه الفرق ان الاب له ان يتملك بمال ابنه اذا احتاج اليه ولهذا لا يجب
عليه عقرها ولا قيمة الولد ونصيبا ام ولد له وليس للمولى ان يتملك مال مكاتبه لانه بالعقد
حجر على نفسه والحق نفسه بالاجنبي ولهذا يجب عليه عقرها وقيمة ولدها ولا تصير ام
ولد له فيشترط تصديقه بخلاف ما اذا وطئ المكاتبة فجاءت بولد فادعاه حيث يثبت نسبه ولا يشترط
تصديقها لان رقبتها مملوكة له بخلاف كسبها ولو ملكه يوما بعدما كذبه المكاتب ثبت نسبه وصارت
ام ولد له ان ملكها لان الاقرار به باق وهو الموجب وزال حق المكاتب وهو المانع ولو ولدت
منه جارية غيره وقال احلها لي مولاها والولد ولدي فصدقه المولى في الاحلال وكذبه في
الولد لم يثبت نسبه فان ملكها يوما ثبت نسبه وصارت ام ولد له ولو صدقه في الولد ثبت نسبه
ولو استولد جارية احد ابويه او امراته وقال ظننت انها تحل لي لم يثبت نسبه منه ولا حد عليه
وان ملكه يوما عتق عليه وان ملك امه لا تصير ام ولد له لعدم ثبوت نسبه والله اعلم

كتاب الايمان

اليمين القوة لغة قال الله تعالى لاخذنا منه باليمين وقال الشماخ رايت عرابة الاوسي يسمو الى الخيرات منقطع القرين اذا ما راية رفعت لمجد
تلقاها عرابة باليمين وفي الشرع عبارة عن عقد قوي بها عزم الحالف على الفعل او الترك وسمي هذا
العقد بها لان العزيمة تتقوى بها وهي مشروعة لان الله تعالى اقسم وامر نبيه صلى الله عليه وسلم
بالقسم فقال تعالى قل اي وربي انه لحق ولان فيها تعظيم اسماء الله تعالى وصفاته لان من اقسم
بشيء فقد عظمه واقسم عليه الصلاة والسلام ليغزون قريشا والصحابة رضي الله عنهم كانوا يقسمون
فكانت ثابتة بالكتاب والسنة والاجماع واليمين بغير الله تعالى ايضا مشروع وهو تعليق الجزاء
بالشرط وهو ليس بيمين وضعا وانما سمي يمينا عند الفقهاء لحصول معنى اليمين بالله وهو الحمل
او المنع واليمين بالله تعالى لا يكره وتقليله اولى من تكثيره واليمين بغيره مكروه عند البعض
للنهي الوارد فيه وعند عامتهم لا يكره لانه يحصل به الوثيقة ولا سيما في زماننا وما روي من النهي
محمول على الحلف
بغير الله تعالى كالعتاق
وجه الوثيقة
كالقسم بالرسل
ويقول اني حالف و
ذلك في اليمين
تعالى ذلك انما
اوصفة وبغير
ذكر شرطا صالحا
وجزاء صالحا
فلا حاجة الى الشرط
ان يكون معدوما
على خطر الوجود
وصلاحية الجزاء

ان يكون غالب الوجود عند وجود الشرط بتحقق الحمل او المنع وقد يكون متحقق الوجود عند و
جود الشرط كالتعليق بالملك وسببه وحكمها وجوب البر اصلا والكفارة خلفا وشرط انعقادها
تصور البر في المستقبل خلافا لابي يوسف ثم اليمين بالله تعالى ثلاثة اقسام غموس ولغو ومنعقدة
على ما يجي بيانه ودليل الحصر عليه انها لا تخلو اما ان يكون فيها مؤاخذة او لا فالثاني لغو والاول
لا تخلو اما ان يكون المؤاخذة دنيوية او عقوبية فالاول المنعقدة والثاني الغموس قال رحمه الله
حلفه على ماض كذبا عمدا غموس وظنا لغو اي اذا حلف على امر قد مضى وهو كاذب فيه فان تعمد
الكذب فهو غموس وان كان يظن ان الامر كما قال فهو لغو ويتأتيان في الحال ايضا وسميت
الاولى غموسا لانها تغمس صاحبها في الذنب ثم في النار وسميت الثانية لغوا لانها لا اعتبار بها واللغو
اسم لما لا يفيد يقال لغى اذا اتى بشيء لا فائدة فيه فكلاهما يتصور في اليمين بالله تعالى ولا يتصور في اليمين
بغيره لان تعليق العتاق والطلاق والنذور بامر كاين في الماضي لا يتحقق فيه اللغو ولا الغموس لان
الطلاق يقع به وكذا العتاق والنذور سواء كان عالما وقت اليمين او لم يكن عالما قال رحمه الله
واثم في الاولى دون الثانية يعني يأثم في الغموس ولا يأثم في اللغو لقوله تعالى لا يؤاخذكم الله باللغو في
ايمانكم ولكن يؤاخذكم بما كسبت قلوبكم ولقوله صلى الله عليه وسلم الكبائر الاشراك بالله تعالى وعقوق
الوالدين وقتل النفس واليمين الغموس رواه البخاري واحمد وقال عليه الصلاة والسلام
من اقتطع حق امرئ مسلم بيمينه فقد اوجب الله له النار وحرم عليه الجنة فقال رجل وان كان
يسيرا قال وان كان قضيبا من اراك رواه مسلم واحمد وغيرهما وقال عليه الصلاة والسلام
اليمين الفاجرة تدع الديار بلاقع اي خالية ولا تجب فيها الكفارة الا التوبة والاستغفار وقال
الشافعي تجب فيها الكفارة لقوله تعالى ولكن يؤاخذكم بما كسبت قلوبكم والمراد القصد لانه فعل
القلب والمراد بالمؤاخذة الكفارة لانه تعالى فسرها بها في آية اخرى بقوله ولكن يؤاخذكم
بما عقدتم الايمان فكفارته الآية والمراد بالعقد ايضا القصد وفيه توفيق بين الآيتين ولان الكفارة
شرعت لدفع [illegible] هتك حرمة اسم الله تعالى وقد تحقق بالاستشهاد بالله تعالى كاذبا فاشبه
المعقودة ولنا قوله صلى الله عليه وسلم خمس من الكبائر لا كفارة فيهن وعد منها اليمين الفاجرة
وقال ابن مسعود وابن عباس كنا نعد اليمين الغموس من الكبائر التي لا كفارة فيها وهو
اشارة الى الصحابة وحكاية لاجماعهم ولانها كبيرة محضة والكفارة عبادة فلا تناط بها كسائر
الكبائر وهذا لان المشروعات اللازمة للعباد ثلاثة اقسام عبادة محضة وسببها مطلوب
مباح وعقوبة محضة وسببها محظور محض ومتردد بين العبادة والعقوبة وهي الكفارة

مثل كفارة الظهار فانها تتعلق بالمنكر من القول الزور والعود جميعا وكفارة القتل تجب بالخطاء
وهو بالتقصير في التثبت وهو محظور وبالحركة المباحة مثل المشي في الطريق وكذا كفارة اليمين
تجب بالحلف والحنث والاول مباح والثاني محظور واما الغموس فمحظور محض لان الكذب
بدون الاستشهاد بالله تعالى حرام فمعه اولى لانه ذكر الله لتحويه الكذب وهو في نهاية الحظر
فلا تصلح سببا للكفارة الا ترى ان اللعان استشهاد بالله تعالى واحدهما كاذب بيقين ولم توجب
على الكاذب منهما الكفارة وقد اجمع المسلمون على ذلك فمن اوجبها في اليمين الفاجرة كان مخالفا
للنص والاجماع وهذا لانه عليه الصلاة والسلام اخبر ان احدهما كاذب فقال هل منكما من
تائب فبين ان الواجب على الكاذب منهما في يمينه التوبة لا غير ولو كانت الكفارة تجب بها
لبين [illegible] ان عليه اربع كفارات ولا حجة له فيما تلى لان المراد بها المعقودة والذي يدل ذلك
ان الله تعالى امر بحفظ الايمان بعد ما شرع الكفارة فيها بقوله تعالى واحفظوا ايمانكم والحفظ انما
يتأتى في المستقبل الذي يقبل التضييع والغموس لا يتصور ذلك فيها فلا تتناولها الآية وكذا
العقد لا يكون الا فيما يقبل الحل لانه ضده قال قايلهم خطرات الهوى تروح وتغدو ولقلب
المحب حل وعقد والمؤاخذة المطلقة يراد بها المؤاخذة في الآخرة لانها دار الجزاء فتحمل عليها و
قياسه على المعقودة فاسد لان المعقودة مباحة فلا يأثم لمباشرتها ولو كان فيها ذنب فهو متأخر
حتى متعلق باختياره الحنث ابتداء في ذلك الوقت والاثم في الغموس ملازم وهو اعظم جرما
فامتنع الالحاق وقال محمد رحمه الله في اللغو فهذه يمين نرجو ان لا يؤاخذ الله بها صاحبها مع
انعدام المؤاخذة مقطوع به لكونه ثابتا بالكتاب بما قال ذلك لان في صورتها اختلافا فمذهب عايشة رضي
اللغو ما يجري على اللسان من غير قصد سواء كان في الماضي او المستقبل مثل ان يقول لا والله وبلى والله
وقد روي عن ابي حنيفة مثله ومذهب ابن عباس رضي الله عنهما مثل مذهبنا وهو الحلف على يمين كاذبة
وهو يرى انه صادق وهذا يكون في الماضي والحال فلاحتمال ان يكون صورتها خلاف ذلك
علقه بالرجاء يعني يرجو ان يكون هذه الصورة هي التي لا يؤاخذ بها او قال ذلك تعظيما للادب
واظهارا للتواضع لانه يذكر لذلك كما يذكر للطمع قال رحمه الله وعلى آت منعقدة وفيه كفارة فقط
اي اليمين على شيء سيأتي في المستقبل منعقدة وحكم هذه اليمين وجوب الكفارة عند الحنث لقوله تعالى
واحفظوا ايمانكم لا يتصور الحفظ عن الحنث والهتك الا في المستقبل ولان الله تعالى قال بما عقدتم الايمان
والعقد يقتضي ارتباط الكلام بالكلام على وجه يتعلق بها حكم فيصير عقدا شرعيا كسائر العقود الشرعية
ولانه تعالى قال ولا تنقضوا الايمان بعد توكيدها والنقض يكون في موضع العقد وهذا انما يتصور في المستقبل

وعدّ منها اليمين ونحوه وبيناه من قبل والمراد بالناسي المخطي كما اذا اراد ان يقول اسقني الماء فقال
والله لا اشرب الماء وذكر في الكافي انه المذهول عن التلفظ به بان قيل له الا تاتينا فقال بلى
والله غير قاصد لليمين وانما الجانا الى هذا التاويل لان حقيقة النسيان لا يتصور في اليمين
قال او حنث كذلك اي او حنث مكرها او ناسيا تقديره تجب الكفارة ولو كان حلف
مكرها او ناسيا او حنث مكرها او ناسيا بان فعل المحلوف عليه مكرها او ناسيا لان الفعل حقيقة
لا ينعدم بالاكراه والنسيان وتحقق الفعل منه هو الشرط والحنث ناسيا متصور فلا يحتاج الى التاويل
وكذا لو فعله وهو مغمى عليه او مجنون لتحقق الشرط حقيقة ولو كانت الحكمة رفع الذنب فالحكم
يدار على ذلك وهو الحنث لا حقيقة الذنب كما اديز الحكم على السفر لا على حقيقة المشقة قال رحمه الله
واليمين بالله تعالى والرحمن والرحيم وعزته وجلاله وكبريائه واقسم واحلف واشهد وان لم
يقل بالله ولعمر الله وايم الله وعهد الله وميثاقه وعلي نذر ونذر الله وان فعل كذا فهو
كافر اي اليمين بهذه الاشياء الالفاظ لان الحلف بها متعارف ومعنى اليمين وهو القوة حاصل
بها اما الحلف بالله تعالى او الرحمن او غيره من اسمائه تعالى فظاهر لانه يعتقد في تعظيم الله تعالى
فصلح ذكره حاملا او مانعا سواء تعارف الناس الحلف به او لم يتعارفوا في الظاهر من مذهب اصحابنا
وهو الصحيح لان اليمين بالله تعالى ثبت نصا لقوله صلى الله عليه وسلم من كان حالفا فليحلف بالله تعالى
او ليصمت متفق عليه والحلف بسائر اسمائه حلف بالله تعالى وما ثبت بالنص او بدلالته لا يراعى فيه
العرف وكذا لا يحتاج فيه الى النية انه اراد به الحق او غيره وقال بعض اصحابنا كل اسم لا يسمى
به غير الله تعالى كالله والرحمن فهو يمين مطلقا وما يسمى به غير الله كالحليم والحكيم والعليم والقادر
فان اراد به الله تعالى كان يمينا والا فلا وهذا ليس بصحيح لان اليمين بغير الله منهي عنه بقوله
صلى الله عليه وسلم ان الله تعالى ينهاكم ان تحلفوا بآبائكم من كان حالفا فليحلف بالله او ليصمت
متفق عليه وقال ابن مسعود لان احلف بالله كاذبا احب الي من ان احلف بغير الله صادقا
والظاهر من حاله انه لا يباشر المحرم وان من قصده يمينا صحيحة فيحمل عليه ما لم يتبين خلاف ذلك فان
نوى خلافه لا يكون يمينا لانه نوى محتمل كلامه فيصح هذا اذا حلف باسماء الله تعالى واما اذا حلف
بصفاته كعزة الله وكبريائه وجلاله فان كان متعارفا بان كان يحلف به عادة يكون يمينا والا فلا
وقال بعضهم ان حلف بصفات الذات يكون يمينا وان حلف بصفات الفعل لا يكون يمينا والفرق
بينهما عندهم ان كل وصف جاز ان يوصف الله تعالى به وبضده فهو من صفات الفعل كالرضا والغضب
والسخط والمنع والرحمة والاعطاء وكل ما جاز ان يوصف به لا بضده فهو من صفات الذات كعزة الله

ولو نوى العلم الحقيقي لا يكون يمينا لعدم العرف وقدرة الله يكون يمينا للعرف وقوله اقسم الى
او احلف او اشهد انما يكون يمينا وان لم يقل بالله لان هذه الالفاظ مستعملة في الحلف عرفا وهذه الصيغ
للحال حقيقة واستعمل في الاستقبال بقرينة السين او سوف او اذا او لو اولين او على او ان يفعل
حالفا بها في الحال الا ترى الى قوله تعالى قالوا نشهد انك لرسول الله ثم قال اتخذوا ايمانهم جنة فسماه
يمينا وان لم يذكر والاسم فدل ان الشهادة يمين وان ذكر الاسم ليس بشرط وقال زفر لا يكون
يمينا الا اذا قال بالله لانه يحتمل الحلف بالله وبغيره او يحتمل الوعد ولنا ما بينا ولان اليمين
بالله تعالى هو المعهود المشروع وبغيره محظور فينصرف الى الاول في الصحيح بلا نية لما ذكرنا ولو كان
وعدا لكان مع اسم الله تعالى ايضا وعدا ولو قال سوكند ميخورم بخداي يكون يمينا لانه
للحال ولو قال سوكند خورم قيل لا يكون يمينا لانه وعد ولو قال سوكند خورم بطلاق زنم لا
يكون يمينا لعدم التعارف وانما كان حالفا بقوله لعمر الله وايم الله وعهد الله وميثاقه وعلي نذر الله
لان عمر الله بقاؤه فكان صفة له وقد ذكرنا الحلف بالصفات وايم اصله ايمن وهو جمع يمين عند الكوفيين
وحذف الهمزة في الوصل تخفيف وكذا حذفوا النون تخفيفا فقالوا ايم الله وايم الله وبالكسر ايضا وربما حذفوا
الياء ايضا فقالوا ام الله وربما بقي الميم وحدها مضمومة ومكسورة فقالوا م الله وربما قالوا من الله
ومن الله ومن الله بالضم والفتح والكسر وعند البصريين كلمة جميعا والهمزة للوصل والجمع لا يجوز ان
تخفف حتى يبقى على حرفين واختار الزجاج وابن كيسان قول الكوفيين وقالا انما خففت همزتها وطرحت
في الوصل لكثرة استعمالهم والمفرد لا ياتي على افعل وقيل انك واسمد واغلة لغية والعهد يمين قال الله
تعالى واوفوا بعهد الله اذا عاهدتم ثم قال ولا تنقضوا الايمان بعد توكيدها والميثاق بمعنى العهد وكذا
الذمة ولهذا يسمى المعاهد ذميا والنذر اذا لم يسم شيئا يوجب الكفارة لقوله عليه السلام كفارة النذر
اذا لم يسم كفارة يمين رواه ابن ماجة والترمذي وصححه وهذه المسئلة على وجهين اما ان يكون النذر
مطلقا او معلقا بشرط وكل واحد منهما على وجهين اما ان يسمى شيئا او لا فاصله انه ان لم يسم شيئا ففي
المطلق يجب في الحال وفي المعلق اذا وجد الشرط وان سمى شيئا ففي المطلق يجب الوفاء به وكذا في المعلق
ان كان التعليق بشرط يراد به كونه وان كان لا يراد به كونه قيل يجب عليه الوفاء بالنذر وقيل يتخير كفارة
يمين ان شاء وان شاء اوفى بالمنذور وهو الصحيح رجع اليه ابو حنيفة قبل موته بثلاثة ايام وقيل بسبعة
ايام وكذا لو قال علي يمين يجب عليه كفارة لان معناه علي موجب اليمين وانما يصير حالفا ان فعل كذا
فهو كافر يمينا لان حرمة الكفر لحرمة هتك الاسم اذ لا يتصور نسخه عقلا فاذا جعله علما على الكفر فقد اعتقده
واجب الامتناع وقد امكن القول بوجوبه لغيره بجعله يمينا كما يقول في تحريم الحلال وان كان قال ذلك لشيء قد

ابنه

وان كان جاهلاً او عنه انه يكفر بالحلف في الغموس او بمباشرة الشرط في المستقبل يكفر فيهما لانه لما اقدم
عليه وعنه انه يكفر لانه قد رضي بالكفر وقال الشافعي لا يكون يميناً لانه تعليق المعصية بالشرط
فصار كمن قال ان فعل كذا فهو زان او شارب خمر ولنا ما روي عن ابن عباس انه قال من حلف
باليهود فهو يمين ولان حرمته كحرمة هتك الاسم اذ لا يحتمل التبديل على ما بينا بخلاف الزنا وشرب الخمر
لانه يحتمل التبديل عقلاً فلا يكون في الحرمة كالكفر **قال** لا بعلمه وغضبه وسخطه ورحمته والنبي
والقرآن والكعبة وحق الله وان فعلته فعلي غضب الله وسخطه او انا زان او سارق او شارب خمر
او آكل ربا اي الحلف بهذه الالفاظ لا يكون يميناً اما قوله وسخطه وغضبه ورحمته والقرآن والنبي
والكعبة وحق الله فلما روينا ان اليمين لا يكون بغير الله لان العلم يراد به المعلوم والغضب والسخط يراد
به اثره وهو النار وكذا الرحمة يراد بها اثره وهو الجنة والقرآن يراد به الحروف التي في اللهوات والنقوش
التي في المصاحف ولان قوله علي غضب الله ونحوه دعاء على نفسه ولا تعلق له بما حلف فيه وكذا لم تجر العادة
بالتحالف به وكذا اذا قال والنبي والقرآن والكعبة لا افعلن كذا واما اذا قال هو بريء من احد هذه
الاشياء يكون يميناً لان التبري منه كفر والحق المضاف الى الله تعالى طاعته فقيل للنبي صلى الله عليه وسلم
ما حق الله على العباد فقال ان لا يشركوا به شيئاً ويعبدوه ويقيموا الصلاة ويؤتوا الزكاة والحلف بالطاعة
لا يكون يميناً لانه حلف بغير الله تعالى بخلاف ما اذا قال والحق لانه اسم من اسمائه تعالى وعن ابي يوسف يكون
يميناً لان الحق من صفات الله تعالى وجوابه ما تقدم ولو قال حقاً لا يكون يميناً لان المنكر منه يراد
به تحقيق الوعد فكانه قال افعل كذا حقيقة لا محالة ولو قال ووجه الله لا يكون يميناً وعن ابي يوسف انه
يكون يميناً لان الوجه يذكر بمعنى الذات قال الله تعالى ويبقى وجه ربك ووجه الاول ان يراد به
الذات ويراد به الثواب يقال افعل هذا لابتغاء وجه الله اي ثوابه ولو قال وامانة الله يكون يميناً
في رواية عن محمد ولما سئل عن معناه فقال لا ادري كانه وجد الناس يحلفون به فجعله يميناً وعن ابي يوسف
انه لا يكون يميناً لاحتمال انه اراد به الفرائض واما قوله ان فعلته فعلي غضب الله وسخطه او انا زان
او سارق او شارب خمر او آكل ربا فلعدم التعارف بالحلف بها بخلاف قوله كافر لان العادة جارية
بالحلف به وقد بينا الفرق بينهما من حيث المعنى **قال** وحروفه الباء والواو والتاء اي حروف
القسم هذه الثلاثة كقوله والله وبالله وتالله لان كل ذلك معهود في الكلام ومذكور في القرآن
والباء هي الاصل وهي ام الباب تدخل على الظاهر والمضمر كقولك بالله وبه ويجوز اظهار الفعل معها تقول
حلفت بالله والواو بدل عن الباء تدخل على المظهر كقولك والله والرحمن ولا تدخل على المضمر لا يقال وك
ولاوه مثل ما يقال بك وبه ولا يجوز اظهار الفعل معها لا تقول احلف والله كما تقول احلف بالله

والتاء بدل من الواو وهي تدخل على لفظة الله فقط يقول تالله قال الله تعالى تالله تفتؤ تذكر يوسف ولا تقول تالرحمن ولا تالرحيم ولا تقول احلف تالله وهو الافصح تالله ولا يجوز اظهار الفعل معها لا تقول احلف بالله ولا اقسم تالله

ولحروف آخر وهي لام القسم وحرف التنبيه وهمزة الاستفهام وقطع الف الوصل والميم المكسورة
والمضمومة في القسم ومن كقوله لله وها الله وآلله ومُ الله ومِ الله ومن الله واللام بمعنى التاء ويدخلهما
معنى التعجب وربما جاءت التاء لغير التعجب دون اللام **قال** وقد تضمر اي قد تضمر حروف
القسم فيكون حالفاً كقوله الله لا افعل كذا لان حذف الحرف متعارف بينهم اختصاراً ثم اذا حذف
الحرف ولم يعوض منه هاء التنبيه ولا همزة الاستفهام ولا قطع الف الوصل لم يجز الخفض الا في اسم الله
تعالى بل ينصب باضمار فعل او يرفع على انه خبر ابتدأ مضمر الا في اسمين فانه التزم فيهما الرفع
وهما ايمن الله ولعمر الله **قال** وكفارته تحرير رقبة او اطعام عشرة مساكين او كسوتهم الآية
وكلمة او للتخيير فكان الواجب احد الاشياء الثلاثة وقوله كما في الظهار اي كالاطعام والتحرير في
الظهار وقد بيناهما هناك وقوله او كسوتهم بما يستر عامة البدن اي كسوة عشرة مساكين بثوب يستر
البدن اي عامة الجسد وهو بيان ادنى الكسوة وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف والمروي عن محمد ان ادناه
ما تجوز به الصلاة حتى تجوز السراويل عنده لانه لابسه شرعاً اذ الواجب عليه ستر العورة وقد اكتفى وقد
روي عنه انه لا يجوز ان اعطى المرأة ذلك القدر والصحيح الاول لان لابسه يسمى عرياناً في العرف وهو
المعتبر في المطلقات وذلك قميص او ازار او رداء ولكن ما لا يجزيه عن الكسوة يجزيه عن الاطعام باعتبار
القيمة ولا يجوز الجمع فيه بين الكسوة والاطعام بخلاف جزاء الصيد حيث يجوز الجمع فيه بين الاطعام والصوم
والهدي على ما بينا من قبل في المناسك واجاز واهنا اعتبار القيمة في المنصوص لاختلاف المقصود ولم يجيزوا
ذلك في الاطعام حتى لا يجوز اقامة البر مقام التمر لاتحاد المقصود وهو الاطعام ولا يشترط فيه جعله
عن الاطعام في الظاهر خلافاً لما يروى عن ابي يوسف وقال محمد لا يجوز نوى او لم ينو **قال** وان
عجز عن احدها صام ثلاثة ايام متتابعة وقال الشافعي يخير لاطلاق النص ولا يجوز حمل هذا المطلق على
المقيد بالتتابع في كفارة الظهار وكفارة القتل لان ذلك غير متعارض بين التقييد والاطلاق واما اذا تعارضا
فلا لان حمله على احدهما ليس باولى من حمله على الآخر وهنا تعارضا لان كفارة الظهار مقيدة بالتتابع
وكذا كفارة القتل وصوم المتعة مقيد بالتفرق فتعارضا فيبقى المطلق على اطلاقه لعدم الاولوية
ولنا قراءة ابن مسعود واُبي ثلاثة ايام متتابعات فجاز التقييد بها لانها مشهورة فصارت كالخبر
المشهور ولا يلزمنا انا لا نحمل المطلق على المقيد لان ذلك اذا كانا في السبب او في حكمين فاما اذا كانا في
حكم واحد فنحمله وقوله صوم المتعة مقيد بالتفرق ممنوع بل هو مطلق وانما لا يجوز صوم السبعة
في اشهر الحج لان وقته لم يدخل لانه معلق بالرجوع الا ترى انه لو صامه فيها متفرقاً لا يجوز ايضاً
ثم الفقر واليسار يعتبر وقت التكفير عندنا وقال الشافعي يعتبر وقت الحنث حتى لو حنث وهو موسر

الاستعمال عند عدم الماء وقت الاداء كالتيمم بدل عن الماء فيعتبر فيه الاداء كالتيمم بدل فيعتبر فيه وقت الاداء فكذا هنا ولان الصوم بدل عن التكفير بالمال فيعتبر وقت الاداء فانه يعتبر فيه وقت الوجوب هو يعتبره بالحد وعنده لا يجوز الا بالعتق عندنا وبعكسه اعتبار ذلك التكفير

٦٢

عاد الى الاطعام والتحرير باعتبار ... الكفارة ... عشرة مساكين ...

والشرط في المصطفين عند عدم الاصل بالنص بخلاف الحد فان حد العبد ليس ببدل عن حد الاحرار

قال ولا يكفر قبل الحنث يعني لا يجوز التكفير قبل الحنث وقال الشافعي يجوز التكفير بالمال قبل الحنث لقوله عليه الصلاة والسلام اذا حلفت على يمين فكفر عن يمينك ثم ايت الذي هو خير رواه النسائي وابو داود وهذا صريح في جواز تقديم الكفارة لان كلمة ثم للترتيب ولانه اداها بعد وجود السبب وهو اليمين بدليل اضافتها اليها فيجوز كما لو كفر بعد الجرح قبل زهوق الروح وكما اذا كفر بعد الظهار وقبل العود ولان الوجوب حاصل بالسبب ووجوب الاداء متراخ عنه بالشرط والمال يحتمل الفصل بين وجوبه ووجوب ادائه اما البدني فلا يحتمل الفصل فلما تاخر الاداء فلم يبق الوجوب لان الفعل لما وجب وجب اداؤه اذ الصوم هو الاداء بعينه بخلاف المالي لان المال مع الفعل متغاير فجاز ان يتصف المال بالوجوب ولا يثبت وجوب الاداء الا ترى ان الثمن يجب بمجرد البيع ولا يجب الاداء الا بالمطالبة وكذا في الديون المؤجلة يجب المال ولا يجب الاداء ولنا ان الكفارة لستر الجناية ولا جناية قبل الحنث واليمين ليست بسبب لوجوب الكفارة لان ادنى درجات السبب ان يكون مفضيا الى الحكم طريقا له واليمين مانعة من الحنث محرمة له فكيف تكون سببا له ولهذا لا يجب الا بعد انتقاض تركيب اليمين بالحنث ويستحيل ان يقال هو سبب لحكم لا يثبت ذلك الحكم الا بعد انتقاضه بخلاف الجرح فانه مفض الى الموت ولهذا يجامعه الموت وهنا يستحيل اجتماعهما وبخلاف كفارة الظهار لان الكفارة فيه لدفع الحرمة وهي ثابتة قبل العود وفي اليمين لستر الجناية وهي معدومة قبل الحنث ولئن قلنا انه سبب فانما يصير سببا له وقت الحنث وقبله سبب للبر وكم من شيء يكون سببا لشيء ثم يجعله الناس سببا لغيره كانزال القرآن للهدى والكفارة جعلوه سببا للضلال ونار وبل على ما رواه ان صح ان كلمة ثم فيه بمعنى الواو لانها قد تكون بمعنى الواو كقوله تعالى فك رقبة او اطعام في يوم ذي مسغبة يتيما ذا مقربة او مسكينا ذا متربة ثم كان من الذين امنوا تقديره وكان قبل ذلك لان الاعمال الصالحات قبل الايمان لا يعتد بها ولهذا لا يجب عليه التكفير قبل الحنث ولو كان كما قاله لوجب التكفير اولا ثم الحنث بعده مفصولا لان الامر به بكلمة ثم على زعمه ولا يلزم من الاضافة اليه ان يكون سببا له لان الاضافة الى غير السبب كالشرط وغيره جائزة الا ترى انه يقال كفارة الصوم وكفارة الاحرام والصوم ليس سببا لوجوبها وكذا الاحرام ولان الكفارة خلف عن البر فلا يصار اليها ما دام البر باقيا ولا يعتد به ان فعله كما لا يصار الى التيمم ولا يعتد به ان فعله مع وجود الماء اذا فعله مع القدرة على الماء وهذا لان الكفارة توبة قال الله تعالى في كفارة القتل توبة من الله والتوبة قبل الجريمة لا يعتد بها كالطهارة قبل الحدث ولهذا لا يجوز التكفير بغير المال

فيقتضي ان يجوز الكفارة بعد اليمين متصلا بها وقال ذلك كفارة ايمانكم اذا حلفتم جعلها كفارة اليمين ورتبها على الحلف لا على الحنث لانا نقول الحنث مضمر فيه تقديره فكفارته اذا حلفتم وحنثتم كما اضمر الفطر في قوله فمن كان منكم مريضا او على سفر فعدة من ايام اخر اي فافطر فعدة من ايام اخر وكقوله اذا قمتم الى الصلاة فاغسلوا اي اذا قمتم اليها وانتم محدثون ولو كان كما قاله لما اختص بالمالي على ما ذكرنا ولو قدم التكفير لا يسترد من الفقير لانه وقع صدقة تطوعا كما اذا قدم الزكاة قبل الحول ثم ذهب المال

قال ومن حلف على معصية ينبغي ان يحنث لما روينا ولقوله عليه الصلاة والسلام لا نذر ولا يمين فيما لا يملك ابن آدم ولا في معصية ولا في قطيعة رحم رواه النسائي وابو داود وهو محمول على نفي الوفاء بالمحلوف عليه ولان البر معصية ايضا كالحنث لهتك حرمة الاسم فيجب المصير الى اخفهما اثما وهو الحنث لانه مرخص له شرعا بما روينا وما يلزم من المعصية في البر ليس بمرخص له فيجب الاخذ بالمرخص ولان في الحنث فوات البر الى جابر وفي البر لزوم المعصية بلا جابر فيجب الحنث لان الفوات الى خلف كلا فوات

قال ولا كفارة على الكافر وان حنث مسلما وقال الشافعي تجب عليه الكفارة وان حنث كافرا لان اليمين ينعقد للبر وهو اهل له لان البر يتحقق ممن يعتقد تعظيم حرمة اسم الله تعالى فيحمله اعتقاده على البر ولهذا يستحلف في الدعاوى والخصومات ولنا قوله تعالى فقاتلوا ائمة الكفر انهم لا ايمان لهم ولانه ليس باهل لليمين لان المقصود منها البر تعظيما لله تعالى والكافر ليس من اهله لانه هاتك حرمة الاسم بالكفر والتعظيم مع الهتك لا يجتمعان والبر لا يتحقق الا من المعظم بخلاف الاستحلاف في الخصومات لانه اهل لمقصوده وهو النكول او الاقرار وليس باهل للكفارة لانها عبادة ستارة كاسمها ومعنى العقوبة فيها تابع ويستحيل هذه العبادة لانه ليس باهل لها ولا لحكمها وهو الثواب فلا يشرع في حقه اصلا

قال ومن حرم ملكه لم يحرم اي من حرم على نفسه شيئا مما يملكه بان يقول مالي علي حرام او ثوبي او جاريتي فلانة او ركوب هذه الدابة لم يصر محرما عليه لذاته لانه قلب المشروع وتغييره ولا قدرة له على ذلك بل الله تعالى هو المتصرف في ذلك بالتبديل

قال وان استباحه كفر اي ان اقدم على ما حرمه يلزمه كفارة اليمين لانه ينعقد به يمينا فصار حراما لغيره وقال الشافعي لا كفارة عليه لانه قلب الموضوع على ما ذكرنا فلا تنعقد به اليمين الا في النساء والحق اربع ولنا قوله تعالى يا ايها النبي لم تحرم ما احل الله لك ثم قال قد فرض الله لكم تحلة ايمانكم وقال انس رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كانت له امة يطاها فلم تزل به عائشة وحفصة حتى حرمها على نفسه فانزل الله عز وجل يا ايها النبي لم تحرم ما احل الله لك الى اخر الاية رواه النسائي وقال ابن عباس

والتمسك بالنص ظاهر لان العبرة لعموم اللفظ لا لخصوص السبب ولان التحريم لما صار يمينا في الجواري صار في جميع المباحات ايضا يمينا دلالة اذ لا فرق بين مباح ومباح ولان لفظه يقتضي ان يكون الحرمة ثابتة لعينها الا انه ليس له ذلك لما ذكرنا فيثبت الحرمة لغيره كما هو موجب اليمين فان الحلف على حرام ثبت حيث انه حنث وان كان فعله مباحا في نفسه ولان حرمة الحلال مسبب اليمين فالتنصيص عليه يجعل كالتنصيص على السبب مجازا ولو وهب ما جعله حراما او تصدق به لم يحنث لان المراد بالتحريم تحريم حرمة الاستمتاع عرفا لا حرمة الصدقة والهبة وقوله ومن حرم ملكه وقع اتفاقا لانه لا يشترط في اليمين ان يكون مال الحالف حتى لو قال ملك فلان او ماله علي حرام يكون يمينا الا اذا اراد به الاخبار عن الحرمة **قال** كل حلال علي حرام فهو على الطعام والشراب للعرف الا ان ينوي غير ذلك والقياس ان يحنث كما فرغ من يمينه وهو قول زفر لان كلمة كل للعموم وقد باشر فعلا مباحا كما فرغ من يمينه وهو التنفس ونحوه وجه الاستحسان ان المقصود هو البر ولا يحصل ذلك مع اعتبار العموم فيسقط اعتباره واذا سقط ينصرف الى الطعام والشراب للتعارف فانه يستعمل فيما يتناول عادة ولا يتناول المراة الا بالنية لسقوط اعتبار العموم و اذا نواها كان ايلاء ولا يصرف اليمين عن الماكول والمشروب لما فيه من التخفيف ~~من غير نية لغلبة الاستعمال فيه~~

وهذا الكلام جواب ظاهر الرواية **قال** والفتوى على انه تبين امراته من غير نية لغلبة الاستعمال فيه وان لم يكن له امراة ذكر في النهاية معزيا الى النوادر انه تجب عليه الكفارة وكذا ينبغي في قوله حلال بروي حرام واختلفوا في قوله هرچه بدست راست گيرم بروي حرام في انه هل يشترط فيه النية والاظهر انه يجعل طلاقا للعرف من غير نية **قال** ومن نذر نذرا مطلقا او معلقا بشرط ووجد وفا به اي وفي با لمنذور هذا اذا سمى شيئا وان لم يسم فعليه كفارة يمين فيهما اعني في المطلق والمعلق لكن تجب في الحال في المطلق وعند وجود الشرط في المعلق لان المعلق كالمنجز عنده وقد بينا المسئلة وتفصيلها فيما تقدم **قال** ولو وصل بحلفه ان شاء الله بر لقوله صلى الله عليه وسلم من حلف على يمين فقال ان شاء الله فلا حنث عليه رواه النسائي والترمذي وعن العبادلة الثلاثة موقوفا ومرفوعا من حلف على يمين وقال ان شاء الله فقد استثنى ومن استثنى فلا حنث عليه ولا كفارة وشرطه ان يكون موصولا لانه بعد الا نفصال رجوع ولا رجوع في الانفصال وعن ابن عباس انه كان يجوز الاستثناء المنفصل لقوله تعالى واذكر ربك اذا نسيت اي اذا نسيت الاستثناء موصولا واستثن مفصولا ويرد هذا القول الى ان تكون العقود الشرعية كلها غير ملزمة واخراجها من ان تكون مفيدة لاحكامها لانه يبيع او يتزوج او يطلق ثم يستثني اي وقت شاء فلو كان هذا يصح لما احتيج الى التزوج الثاني حتى تحل للاول فيما اذا طلقها ثلاثا بل كان يؤمر بالاستثناء حتى تبطل الطلقات الثلاث به وكذا يبين الله تعالى ورسوله احكام الحنث في الايمان ولو كان الاستثناء

[illegible]

فقال ان هذا يريد ان يفسد عليك مملكتك لانه اذا اجاز الاستثناء المنفصل فبارك الله لك في عهود من اذا كان الناس يبايعونك ويحلفون ثم يخرجون ويستثنون ثم يخالفون ولا يحنثون فقال نعم ما قلت و غضب على محمد بن اسحاق واخرجه من عنده وقال لابي حنيفة استر هذا على ثم الاستثناء مبطل للكلام ومخرج له من ان يكون عزيمة عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف هو بمعنى الشرط وعند مالك رحمه الله لا عمل للاستثناء بل يلزمه حكم اليمين وغيره لان الامور كلها بمشية الله ولا يتغير بذكره حكم الاول وانما يذكر تبركا والحجة عليه ما رويناه وفي قوله تعالى حكاية عن قول موسى للخضر عليهما السلام ستجدني ان شاء الله صابرا اشارة اليه لانه لم يصبر ولم يعاتب على ذلك ولو كان كما قاله لعوتب لان الوعد من الانبياء عليهم السلام كالعهد من غيرهم وان اكد بقوله بر تحقيق لعدم الانعقاد لان فيه عدم الحنث كالبر فاطلق عليه والله اعلم

باب اليمين في الدخول والخروج والتكلم و الاتيان وغير ذلك

اعلم ان الايمان عندنا مبنية على العرف وعند الشافعي على الحقيقة لان الحقيقة احق بالارادة وعند مالك على معاني كلام القرآن لانه نزل على افصح اللغات واصحها **قلنا** ان غرض الحالف ما هو المعهود المتعارف عنده فيتقيد بغرضه ولهذا لو حلف لا يجلس على الفراش او على البساط او لا يستضيء بالسراج لا يحنث بجلوسه على الارض ولا بالاستضاءة بالشمس **قال** حلف لا يدخل بيتا لا يحنث بدخوله الكعبة والمسجد والكنيسة والدهليز والظلة والصفة لان البيت ما اعد للبيتوتة وهذه البقاع ما بنيت لها وقيل اذا كان الدهليز بحيث لو اغلق الباب يكون داخلا وهو مسقف يحنث لانه يبات فيه عادة والظلة هي الساباط الذي يكون على باب الدار ولا يكون فوقه بناء وهي ليست ببيت لانه لا يبات فيها وكذا اذا كان فوقها بناء الا ان تكون مفتحة الى الطريق لا يحنث اذا كان عقد يمينه على بيت يتخصص بعينه لانه من جملة بيته وذكر صاحب المغرب ان الظلة هي التي احد طرفي جذوعها على هذه الدار وطرفها الاخر على حائط الجار المقابل له وفي المغرب الظلة كلما اظلك من بناء او جبل او سحاب اي سترك والقى ظله عليك وقول الفقهاء ظلة الدار يريدون به السدة التي فوق الباب وفي ظليلة الظليلة وهي التي تظل عند باب الدار وفي الصحاح كهيئة الصفة وفي الجامع الصغير يحنث بدخول الصفة لانها تبنى للبيتوتة فيها في الصيف قيل هذا على عرف اهل الكوفة لان صفافهم كانت ذات حوائط اربعة والظاهر من عرف ديار صاحب هذا المختصر انها لا تبنى على هيئة هذه البيوت بل تبنى ذات حوائط ثلاثة على ما هو المعتاد فلا تكون بيتا فلهذا قال لا يحنث ويمكن ان لا يحنث مطلقا عنده كما ذكر في المبسوط انها لا يطلق عليها اسم البيت بل ينفى عنها فيقال هذا ولیست ببيت وقال صاحب النهاية الاصح عندي انه يحنث لان البيت اسم لشيء مسقف يدخله

[illegible]

هذه الدار فخنث اذا دخلها بعدما انهدمت ولو بنيت دارا اخرى بعد ذلك لان الدار اسم للعرصة
في كلام العرب يقال دار عامرة ودار غامرة قال لبيد عفت الديار محلها فمقامها بمنى تابد غولها
فرجامها وقال النابغة يا دار مية بالعلياء فالسند اقوت وطال عليها سالف الابد والبناء وصف فيها غير ان الوصف
في الحاضر لغو ان لم يكن داعيا الى اليمين وحاملا عليها وان كانت حاملة على اليمين تعتبر الصفة فتتقيد بها
اليمين كمن حلف لا ياكل هذا البسر او هذا الرطب فصار تمرا او رطبا فاكله لا يحنث الا اذا كانت
الصفة مهجورة شرعا فحينئذ لا تعتبر وان كانت حاملا على اليمين لكن هجر الصغير لاجل صغره
مهجور شرعا قال عليه الصلاة والسلام من لم يرحم صغيرنا ولم يوقر كبيرنا فليس منا وفي ترك الكلام
له ترك الترحم عليه فكان مهجورا فتعلقت اليمين بالذات دون الصفة فصار كانه قال لا اكلم هذا
فان قيل لو وكل رجلا بشراء دار فاشتراها خربة نفذ على الموكل وعلى قياس ما قلتم وجب ان
ان لا ينفذ عليه لان الصفة في المنكر معتبرة قلنا في الوكالة تعتبر من وجه لان الوكالة بشراء دار
لا يصح الا اذا بين الثمن والمحلة وهي في اليمين منكرة من كل وجه فافترقا فان قيل لا يخلو اما ان
تكون الصفة داخلة في اليمين او لا فان كانت داخلة وجب ان لا تختلف بين المنكر والمعرف وان لم تكن
داخلة فكذلك ايضا كمن حلف لا يكلم رجلا فان يمينه لم يتقيد بشيء من اوصاف الرجال قلنا صفة
البناء في الدار متعينة لعدم ما يزاحمها من الاوصاف بخلاف الرجل فان الاوصاف فيه متزاحمة فتقييده
بالكل محال وليس البعض باولى من البعض فسقط الكل وقال ابو الليث ان كانت اليمين بالفارسية
لا يحنث الا بدخول المبنية **قال** وان جعلت بستانا او مسجدا او حماما او بيتا لا كهذا البيت
فهدم او بني اخر يعني فيما اذا حلف لا يدخل هذه الدار فخربت فجعلت بستانا او مسجدا او حماما
او بيتا لا يحنث بدخوله فيه كما لا يحنث فيما اذا حلف لا يدخل هذا البيت فتهدم ثم دخله او بني بيتا اخر فدخله
لانها لم تبق دارا بعدما اعترض اسم اخر عليها لان بقاء الاسم يدل على بقاء المسمى وزواله على زواله بخلاف
ما اذا بنيت دارا لان الاسم كان باقيا وهي صحراء حتى يحنث بالدخول فيها فاذا بنيت لم يتبدل اسمها ولو انهدم
الحمام ونحوه فدخله لم يحنث وكذا لو بنيت دارا بعد انهدام هذه الاشياء لانه بالانهدام لم يعد اسم الدار
لبقاء اسم المسجد والحمام ونحوه فيه وان عاد الاسم بالبناء لكنه بصفة جديدة فكان غير المحلوف عليه و
البيت اسم لما يبات فيه وبعد الانهدام زال الاسم لانه لا يصلح للبيتوتة فيه حتى لو سقط السقف وبقيت الحيطان
فدخله يحنث لان السقف وصف فيه كالبناء في الدار ولو بني بيتا اخر بعد ما انهدم فدخله لم يحنث لما ذكرنا
في الدار **قال** والواقف على السطح داخل اي الواقف على سطح الدار هو داخل في الدار حتى لو حلف لا يدخل
دار فلان فوقف على السطح يحنث لان السطح من الدار الا ترى ان سطح المسجد حكم المسجد حتى لا يبطل الاعتكاف

قال وفي طاق الباب لا اي الواقف في طاق الباب ليس بداخل حتى لو حلف لا يدخل هذه الدار او هذا
البيت فوقف على طاق الباب لا يحنث هذا اذا كان بحيث لو اغلق الباب كان خارجا لان البناء وتركيب الغلق للا
حراز ما في الدار والبيت فما كان داخلا فهو منهما لوجود المعنى فيه والا فلا ولو ادخل احدى رجليه دون
الاخرى ان استوى الجانبان او كان الجانب الخارج اسفل لم يحنث وان كان الجانب الداخل اسفل حنث لان جميع
بدنه على رجله التي هي في الجانب الاسفل فتعتبر تلك دون الاخرى ولو دخل كنيفها وهو شارع الى الطريق
ومفتحه من داخل حنث لانه من توابع الدار وفي الكافي لو حلف لا يدخل بيت فلان ولا نية له فدخل في صحن داره
لم يحنث حتى يدخل البيت لان شرط حنثه الدخول في البيت ولم يوجد ثم قال وهذا في عرفهم واما في عرفنا فالدار
والبيت واحد فيحنث ان دخل صحن الدار وعليه الفتوى ولو حلف لا يدخل هذه الدار وهو فيها لم يحنث بالقعود
فيها حتى يخرج ثم يدخل استحسانا والقياس ان يحنث لان للدوام حكم الابتداء وجه الاستحسان ان الدخول
عبارة عن الانفصال من الخارج الى الداخل ولم يوجد ولو قال لا دخلت هذه الدار غدا فمكث فيها حتى مضى الغد
حنث لما ذكرنا انه عبارة عن الانفصال من الخارج الى الداخل ولم يوجد ولو نوى بالدخول الاقامة فيها دين
لانه من محتملات كلامه **قال** ودوام الركوب واللبس والتسكن كالانشاء لا دوام الدخول يعني لدوام
هذه الاشياء حكم الابتداء حتى لو حلف لا يلبس هذا الثوب وهو لابسه او لا يركب هذه الدابة وهو
راكبها او لا يسكن هذه الدار وهو ساكنها واستمر على ما كان حنث لان لهذه الافعال دواما لحدوث
امثالها الا ترى انه يضرب لها مدة يقال ركبت يوما ولبست يوما بخلاف الدخول لانه لا يقال دخلت
يوما بمعنى التوقيت وكذا لا يقال لمن داخل الدار ادخل هذه الدار ولا لا تدخل ولا للقاعد اقعد ولا لا تقعد
وكذا في نظايره قال الله تعالى فلا تقعد بعد الذكرى مع الظالمين اي لا تمكث وقال عليه الصلاة والسلام
لا تتبع النظرة النظرة فان الاولى لك والثانية عليك فدل على ان لدوامه حكم الابتداء ولهذا
لامراته كلما ركبت فانت طالق في حال ركوبها فمكث ساعة ولم ينزل طلقت وان مكث ساعة اخرى
طلقت اخرى والفارق بينهما ان كل ما تصلح استدامته له دوام كالقعود والقيام والنظر ونحو
وما لا يمتد لا دوام له كالدخول والخروج ولو نزل عن الدابة للحال او نزع الثوب او انتقل للحال لا يحنث
وقال زفر رحمه الله يحنث لوجود اللبس والركوب والسكنى بعد اليمين وان قل ذلك كان للحنث **ولنا**
ان اليمين يعقد للبر ولا يمكن تحقيق البر الا باستثناء هذه المدة فلا يدخل في اليمين للضرورة وهذا
لان الشارع امر بالبر ونهى عن الحنث بقوله واحفظوا ايمانكم وبقوله ولا تنقضوا الايمان بعد توكيدها
فلو لم يستثن زمن البر لكان تكليفا بما ليس في الوسع فكان مردودا بالنص فان قيل اليمين كما تعقد
للبر تعقد للحنث ايضا كما في قوله لامسن السماء قلنا هناك ايضا عقدت للبر لتصور البر حقيقة

٦٦

القوم

لو قال لامر

عن اللوث في مكان على سبيل الاستقرار والدوام فان من يقعد في المسجد او في السوق لا يعد ساكنا فيه

لعدم ما ذكرنا وهي تكون بهذه الجملة وضدها وهو عدم السكنى يكون باخراجها وان ابت المراة ان تنتقل

وغلبته وخرج هو ولم يرد العود اليه او منع هو من الخروج بان اوثق او منع بمتاعه فتركه او وجد

باب الدار مغلقا فلم يقدر على فتحه ولا على الخروج منه لم يحنث بخلاف ما اذا قال ان لم اخرج من هذا المنزل

في هذا اليوم فامراته طالق فقيد او منع من الخروج او قال لامراته ان لم تجئ الى البيت الليلة فانت طالق

فمنعها والدها حيث تطلق فيهما في الصحيح لان شرط الحنث في مسئلة الكتاب الفعل وهو السكنى وهو مكره فيه و

للاكراه اثر في اعدام الفعل والشرط في تلك المسئلة عدم الفعل ولا اثر للاكراه في ابطال العدم ولو كانت

اليمين في جوف الليل فلم يمكنه الخروج حتى اصبح لم يحنث ولو اشتغل بطلب دابة اخرى لينقل اليها المتاع فلم

تجد اياما لم يحنث لانه لا يعد ساكنا وكذا لو خرج لطلب دابة لينقل عليها المتاع فلم تجد اياما لم يحنث

وكذا لو كانت امتعة كثيرة فاشتغل بنقلها بنفسه وهو يمكنه ان يستكري دابة فلم يستكر لم يحنث هذا

اذا كان الحالف ذا عيال منفردا بالسكنى واما اذا كان ساكنا في عيال غيره كالابن في بيت ابيه او با

لعكس او الزوجة في بيت الزوج لا يحنث بترك المتاع لان المعتبر فيه سكنى نفسه لا غير هذا اذا كانت

اليمين بالعربية وان كانت بالفارسية فخرج هو على عزم ان لا يعود فيها لا يحنث وان كان من عزمه

ان يعود يحنث **قال** بخلاف المصر اي بخلاف ما لو كان اليمين على المصر فخرج بنفسه وترك

متاعه واهله فيه لم يحنث لانه لا يعد ساكنا في المصر الذي انتقل عنه بخلاف الاول فان السوقي

طول نهاره في السوق ويقول اسكن سكة كذا ويروى ذلك عن ابي يوسف والقرية كالمصر في الصحيح

ثم قال ابو حنيفة فيما اذا حلف لا يسكن هذه الدار او البيت او المحلة لا بد من نقل المتاع كله حتى لو بقي وتد

يحنث لان السكنى تثبت بالكل فتبقى ببقاء شيء منه وقد صار هذا اصلا له حتى قال بقاء صفة السكنى المسكون

في العصير يمنع من صيرورته خمرا او بقاء مسلم واحد في دار ارتد اهلها يمنع من صيرورتها دار حرب

فان قيل الشيء ينتفي بانتفاء جزئه كالعشرة والدينار مثلا ينتفي هذا الاسم بانتفاء البعض حتى لا يحنث

بترك الجميع **قلنا** انما ينتفي الشيء بانتفاء بعضه اذا كان المجموع من الاجزاء كالعشرة ونحوه واما اذا

كان من الافراد فلا ينتفي ببعضه كالرجال لا ينتفي بانتفاء بعض الرجال فانه يبقى بعد ذلك رجالا ايضا

والسكنى من هذا القبيل لانه يبقى ساكنا باعتبار البعض وقال مشايخنا رحمهم الله هذا اذا كان الباقي يتأتى

به السكنى واما اذا بقي مكنسة او وتد او قطعة حصير لا يحنث لانه لا يعد ساكنا فيها وقال محمد رحمه الله يعتبر

نقل ما تقوم به السكنى لان ما وراء ذلك ليس من السكنى قالوا هذا احسن وارفق بالناس وقال ابو يوسف يعتبر

نقل الاكثر لان نقل الكل قد يتعذر فلا يحنث اذا نقل الاكثر والا يحنث وعليه الفتوى وهذا الاختلاف في الامتعة

بمكة يصلي اربعا بالكوفة لان استوطانه لها باق ما لم يستحدث وطنا آخر وقال ابو الليث هذا اذا

سلم الدار المستاجرة الى اهلها فان سلم فلا حنث وان كان هو والمتاع في السكة او في المسجد **قال** رحمه الله

خرج فاخرج محمولا بامره حنث وبرضاه لا بامره او مكرها لا كلا تخرج الا الى جنازة فخرج اليها ثم الى حاجة

لو حلف لا يخرج من المسجد مثلا او من غيره فامر غيره فاخرجه محمولا حنث وان لم يامره فاخرجه برضاه

او اخرجه مكرها لم يحنث كما لا يحنث من حلف لا يخرج الا الى جنازة فخرج اليها ثم الى حاجة اخرى لان فعل المامور

ينتقل الى الآمر فيكون مضافا اليه ولهذا لو اتلف مال انسان بامر صاحبه لا يضمن فصار كما اذا ركب

دابة فخرجت به وفي الاكراه يضاف الفعل الى المكره لعدم ما يوجب النقل وهو الامر فلا يحنث بفعل غيره

ولا ينحل به اليمين في الصحيح لعدم فعله فصار كما اذا اخرجته الريح بخلاف ما اذا هدده فخرج هو بنفسه حيث

يحنث لوجود الفعل منه وهو الخروج الا انه مكره وفعل المحلوف عليه لا يختلف بين ان يكون مكرها او طايعا على

ما ذكرناه في اول الكتاب فصار نظيره من حلف لا ياكل فاكره عليه بنفسه يحنث ولو اوجر الماكول في حلقه

مكرها لا يحنث لما ذكرنا وحمله برضاه من غير امره كحمله مكرها لانه لم يوجد منه الفعل حقيقة ولا الى

ما يوجب الفعل اليه وهو الامر وعن ابي يوسف فيما اذا حلف لا يخرج من دار كذا فهو على الخروج ببدنه ولو قال

من هذه الدار فهو على الخروج ببدنه واهله هو المتعارف وانما لا يحنث من حلف لا يخرج الا الى جنازة فخرج اليها

ثم الى حاجة اخرى لان الموجود هو الخروج المستثنى والمضي بعد ذلك ليس بخروج لان الخروج عبارة عن الا

نفصال من داخل والاتيان الى الحاجة اخرى عبارة عن الوصول فيتغايرا فلا يحنث **قال** لا يخرج او لا يذهب

الى مكة فخرج يريدها ثم رجع حنث لان الخروج انفصال عن الداخل الى الخارج فاذا انفصل عن وطنه قاصدا

الى مكة فقد خرج اليها عزما وان لم يصل قال الله تعالى ومن يخرج من بيته مهاجرا الى الله ورسوله الاية و

المراد به من مات قبل الوصول اليه ويشترط للحنث ان يجاوز عمران مصره على قصد الخروج الى مكة حتى لو

رجع قبل ان يجاوز العمران لا يحنث بخلاف الخروج الى الجنازة حيث يحنث فيه بمجرد الخروج من بيته لان الخروج الى

مكة سفر ولا سفر قبل مجاوزة العمران ولا كذلك الخروج الى الجنازة والذهاب كالخروج في الصحيح وقال نصير بن

يحيى هو كالاتيان حتى لا يحنث ما لم يدخلها لقوله اذهبا الى فرعون والمراد الاتيان وجه الاول وهو قول

محمد بن سلمة انه بمنزلة الخروج يقال ذهب الى مكة بمعنى خرج اذا انه عزم ولهذا لا يقتضي الوصول واذهبه

غيره اذا ازاله قال الله تعالى ليذهب عنكم الرجس اي ليزيله عنكم ولهذا صح ان يقال ذهب الى مكة قبل الوصول

اليها كما يقال اخرج الى مكة بخلاف الاتيان هذا اذا لم يكن له نية واما اذا نوى احدهما فهو على ما نوى لانه

نوى ما يحتمله لفظه **قال** وفي لا ياتيها لا اي في يمينه لا ياتيها لا يحنث بالخروج وانما يحنث بالوصول لانه

عبارة عنه قال الله تعالى فاتيا فرعون والمراد الوصول قال عليه الصلاة والسلام من اتى امراته الحائض او اتاها

قال لياتينه فلم يأته حتى مات حنث في آخر حياته اي لو حلف ليأتين زيدا او البصرة او نحو ذلك
فلم يأته حتى مات حنث في آخر جزء من اجزاء حياته لان شرط الحنث فوات الاتيان وهو لا يتحقق الا بما ذكرنا
لان البر متحقق ما دام حيا قال رحمه الله لياتينه ان استطاع فهو على استطاعة الصحة لان الاستطاعة في العرف
سلامة الاسباب والآلات وارتفاع الموانع الحسية فعند الاطلاق ينصرف اليه لانه هو المعهود قال الله تعالى
ولله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا والمراد بها الاستطاعة الحسية قال الله تعالى واعدوا لهم
ما استطعتم من قوة ويقال فلان يستطيع كذا والمراد بها سلامة الاسباب قال وان نوى القدرة
دين اي ان نوى حقيقة القدرة التي تقارن الفعل دين فيما بينه وبين الله تعالى لان هذا الاسم يطلق عليها
قال الله تعالى ولن تستطيعوا ان تعدلوا بين النساء ولو حرصتم وقال تعالى فما استطاعوا ان يظهروه وما
استطاعوا له نقبا الآية خلاف الظاهر فلا يصدقه القاضي وفي رواية يصدق قضاء ايضا لانه حقيقة كلامه
فيصدق كيف ما كان وهذا لانه اذا نوى الحقيقة لا تخلو اما ان يكون خلاف الظاهر يصدق قضاء وديانة
باتفاق الروايات وان كان خلاف الظاهر فيصدق ديانة قولا واحدا وهل يصدق قضاء او لا ففيه
روايتان وعلى احدها الخرج قوله لا يصدقه القاضي وهذا بخلاف ما اذا نوى المجاز حيث لا يصدق فيه قضاء
مطلقا الا فيما فيه تشديد على نفسه على ما عرف واذا نوى استطاعة الفعل لا يتصور حنثه ابدا لانها لا تسبق الفعل
قال لا تخرج الا باذني يشترط لكل خروج اذن بخلاف الا ان وحتى اي لو حلف لا تخرج امرأته
الا باذنه يشترط الاذن في كل خروج حتى لو اذن لها مرة فخرجت ثم خرجت بغير اذنه مرة اخرى
حنث بخلاف ما اذا قال الا ان آذن لك او حتى آذن لك فانه بالاذن مرة تنتهي اليمين حتى لو اذن لها
مرة فخرجت ثم خرجت مرة اخرى بغير اذنه لا يحنث اما الاول وهو ما اذا قال الا باذني فلانه استثنى
خروجا بصفة وهو ان يكون الخروج ملصقا بالاذن لان الباء للالصاق فكل خروج لا يكون بتلك الصفة
كان داخلا في اليمين فصار شرطا للحنث قال الله تعالى وما نتنزل الا بامر ربك اي لا يوجد تنزل الا بهذه الصفة
ونظيره ما لو قال ان خرجت الا بملحفة او الا بقناع والحيلة في ذلك ان يقول لها كلما اردت الخروج فقد
اذنت لك فان قال ذلك ثم نهاها لم يعمل نهيه عند ابي يوسف خلافا لمحمد رحمه الله ولو اذن لها في خرجة
ثم نهاها عن تلك الخرجة يعمل نهيه بالاجماع ومحمد يعتبر العام بالخاص وابو يوسف يقول بطل اليمين
بالعدم لاستحالة بقائها مع اطلاق جميع الخروج بخلاف الخاص لان اليمين باقية في حق غيرها فكذا
يصح النهي عنها ولو نوى الاذن مرة يصدق ديانة لا قضاء لانه محتمل كلامه حتى لا يحنث المرة الثانية
اذا خرجت بغير اذنه وانما صار محتملا له لانه يصير غاية بمعنى حتى بعد ما كان استثناء وبين الغاية والا قبلها
استثناء مناسبة من حيث ان ما بعدها يخالف ما قبلها فصحت الاستعارة وقالوا ان هذا الاذن يتقيد

او امرأتي طالق او نحو ذلك فينبغي ان يصح ولا يتقيد بشيء واما الثاني وهو ما اذا قال الا
ان آذن لك او حتى آذن لك فلان كلمة حتى للغاية فتنتهي اليمين بها وكلمة ان محمولة عليها لان
حقيقتها وهي ان تكون مصدرية متعذر ولانه يلزم منه ان يكون الاذن مستثنى من الخروج فيصير
كانه قال لا تخرج الا خروجا هو الاذن او خروجا ان اذن لك وكل ذلك باطل فتعين حملها على كلمة حتى الا
بالنية لان حقيقته غير متعذر لان معناه لا تخرج الا خروجا ملصقا باذني فلا يحتاج فيه الى ترك
الحقيقة فان قيل قال الله تعالى لا تدخلوا بيوت النبي الا ان يؤذن لكم فتكرار الاذن شرط لجواز
الدخول فبطل ما ذكرتم من انها للغاية حتى قلنا تكرار الاذن فيه عرفناه بدليل آخر من خارج وهو
دخول دار انسان بغير اذنه حرام فصار نظيره قوله تعالى لا تدخلوا بيوتا غير بيوتكم حتى
تستأنسوا وتسلموا على اهلها او عرفناه بقوله تعالى ان ذلكم كان يؤذي النبي الآية فصارت
العلة هي الايذاء ولو نوى التعدد بقوله الا ان آذن لك صدق قضاء لانه محتمل كلامه وفيه تشديد
على نفسه لان كلمة ان وما دخلت عليه بتأويل المصدر فتكون الباء فيه مقدرة فيصير
الاذن بقوله مرة الا باذني حيث لا يصدق قضاء لانه التخفيف على نفسه فلا يصدق
وعلى هذا لو قال ان باع فلان مالي الا باذني او الا ان اذن له لما بينا والرضا والامر
كالاذن فيما ذكرنا قال رحمه الله ولو ارادت الخروج فقال ان خرجت او ضرب العبد
فقال ان ضربت تقيد به كاجلس فتغد عندي فقال ان تغديت يعني لو ارادت المرأة
ان تخرج فقال لها الزوج ان خرجت فانت طالق او اراد رجل ضرب عبد فقال له
آخر ان ضربته فعبدي حر ~~بالغدا المدعو اليه~~ تقيدت يمينه بتلك الخرجة والضربة حتى لو
قعدت المرأة ثم خرجت ~~فتحنث~~ او ترك ضرب عبده ثم ضربه بعد ذلك لم يحنث كما يتقيد
~~تغدي الجلس~~ فتغد عندي فقال ان تغديت فعبدي حر بالغدا المدعو اليه
حتى لو رجع الى بيته لم يحنث لان مراد المتكلم الزجر عن تلك الحالة فتتقيد بها
ولا يطلق بتقيد بالحال حتى لو قال ان تغديت اليوم او معك فعبدي حر فتغدى
في بيته او معه في وقت آخر لانه زاد على حرف الجواب فيكون مبتدأ ولا يتقيد
موسى عليه السلام زاد في الجواب حين سئل عن العصا فلم يكن مبتدأ لانا نقول
لما سئل عما هي تقع عن ذات ما لا يعقل والصفات فاشتبه عليه الامر فاجاب
بهما حتى يكون مجيبا عن ايهما كان وهذه المسائل تسمى يمين فور من فار القدر
اذا غلى يقال فارت القدر تفور فورا واستعير للسرعة ثم سميت به الحال التي

٦٨

لا ذنب فيها والليث فقيل جاء فلان وخرج من فوره اي من ساعته وقيل سميت هذه الا
يمان به باعتبار فوران الغضب وتفرد ابو حنيفة باظهاره ولم يسبقه احد فيه وكانوا
يقولون من قبل اليمين نوعان مطلقة كما لا يفعل كذا ومؤقتة كلا يفعل كذا فصارت قسما
بالتاهي مؤقتة معنى مطلقة لفظا وانما اخذه من حديث جابر وابنه حيث دعيا الى نصرة رجل
فحلفا ان لا ينصراه ثم نصراه بعد ذلك ولم يحنثا **قال** رحمه الله ومن ركب عبده مدكبه ان
ينو ولا دين عليه اي من ركب العبد مدكب للمولى ويتناوله الالفاظ ويدخل فيه ان نواه ان لم يكن على
العبد دين حتى اذا قال ان ركبت دابة فلان فعبده حر ولم ينو دابة العبد فركبها
لم يعتق وان نواها فان كان عليه دين مستغرق فكذلك وان لم يكن عليه دين او كان عليه دين
ولم يكن مستغرقا فان نوى حنث والا فلا لانه اذا كان عليه دين مستغرق لا يملك المولى ما في
يد عبده حتى لا يعتق بعتقه فلا يدخل تحت اليمين نوى او لم ينو وفيما اذا لم يكن عليه دين مستغرق
يملك ما في يده لكنه يضاف الى العبد عرفا او شرعا قال عليه الصلاة والسلام من باع عبدا وله
مال الحديث فتختل الاضافة الى المولى فلا بد من النية وهذا عند ابي حنيفة **وقال** ابو يوسف يحنث
في الوجوه كلها اذا نوى لان الملك للمولى لكن الاضافة اليه قد اختلت لما ذكرنا فلا يدخل الا بالنية
وقال محمد يحنث في الوجوه كلها نوى او لم ينو اعتبارا للحقيقة لان العبد وما في يده ملك
المولى حقيقة عنده والله اعلم بالصواب

باب اليمين في الاكل والشرب واللبس والكلام

الاكل ايصال ما يتاتى فيه المضغ والهشم الى الجوف
ممضوغا كان او غير ممضوغ والشرب ايصال ما لا يتاتى فيه الهشم الى الجوف والذوق ايصال
الشيء الى فيه لاستبانة طعمه حتى لو حلف لا ياكل هذا اللبن او هذا السويق فشربه لا يحنث وكذا
بالعكس فان حلف لا يشرب هذا اللبن فثرد فيه فاكله لا يحنث لان هذا ليس بشرب ولا الاول
باكل ولو حلف لا ياكل عنبا او رمانا فمصه وابتلع ماءه ورمى ثفله لم يحنث لان المص نوع
ثالث ليس باكل ولا شرب وذكر بعضهم ان الاكل والشرب عبارة عن عمل الشفاه والحلق
والذوق عبارة عن عمل الشفاه دون الحلق والابتلاع عبارة عن عمل الحلق دون الشفاه والمص
عبارة عن عمل اللهاة خاصة **قال** لا ياكل من هذه النخلة حنث بثمرها اي لو حلف لا ياكل من هذه
النخلة حنث باكل ثمرها لانه اضاف اليمين الى ما لا يؤكل فينصرف الى ما يخرج منه لانه سبب له
بطريق الاستعارة فيحنث بجميع ما يخرج منها من جمار او بسر او رطب او جمد او طلع او دبس لم يخرج

بصنعة جديدة وهذا بخلاف ما اذا حلف لا ياكل من هذه الشاة حيث يحنث باللحم خاصة
ولا يحنث باللبن والزبد لانهما ماكولة فينعقد اليمين عليها ولو لم يكن للشجرة ثمر ينصرف اليمين
الى ثمنها **قال** رحمه الله ولو عين البسر والرطب واللبن لا يحنث برطبه وتمره وشيرازه بخلاف
هذا الصبي وهذا الشاب وهذا الحمل اي لو عين هذه الاشياء في يمينه بان حلف لا ياكل هذا البسر
او هذا الرطب او هذا اللبن فصار البسر رطبا او الرطب تمرا او اللبن شيرازا فاكله لم يحنث لان
صفة البسورة والرطوبة داعية الى اليمين وكذا كونه لبنا فيتقيد به بخلاف ما اذا حلف لا ياكل لحم
هذا الحمل او لا يكلم هذا الشاب او هذا الصبي فاكله بعدما صار كبشا او كلمهما بعدما شاخ حيث يحنث
لانه ليس في الحمل صفة داعية الى اليمين والاصل ان الصفة تلغو في الحاضر الا ان تكون حاملة على اليمين
فتعتبر وصفة الصبي والشاب وان كانت داعية الى اليمين لكن هجرانه لاجل صباه منهي عنه شرعا
لانا امرنا بتحمل اخلاق الفتيان ومرحمة الصبيان فكان مهجورا شرعا والمهجور شرعا كالمهجور عادة
فلم يعتبر الداعي وقد قررناه من قبل فان قيل كيف يستقيم هذا الكلام واليمين تجوز عقدها على فعل
الحرام قلنا نعم تجوز قصدا لكن اذا كان الكلام محتملا فالنهي يجوز ان يكون دليلا على ارادة غير المحظور
وان كان خلاف الظاهر حملا لامر المسلم على الصلاح **قال** لا ياكل بسرا فاكل رطبا لا يحنث
اي حلف لا ياكل بسرا من غير تعيين فاكل رطبا لم يحنث لانه لم ياكل المحلوف عليه **قال**
وفي لا ياكل رطبا او بسرا او لا ياكل رطبا ولا بسرا حنث بالمذنب اي لو حلف لا ياكل رطبا او لا
ياكل بسرا او حلف لا ياكلهما حنث باكل المذنب سواء اكل رطبا مذنبا او بسرا مذنبا وهذا
عند ابي حنيفة والرطب المذنب بكسر النون الذي اكثره رطب وشيء منه قليل بسر والبسر المذنب
عكسه وقال ابو يوسف ان حلف لا ياكل رطبا فاكل بسرا مذنبا لم يحنث وكذا لو حلف لا ياكل بسرا
فاكل رطبا مذنبا وجعل في الهداية قول محمد مع ابي يوسف وذكره في المبسوط والايضاح والاسرار
وشرح الجامع الكبير والصغير والمنظومة مع ابي حنيفة لابي يوسف ان الرطب المذنب يسمى رطبا والبسر
المذنب يسمى بسرا عرفا وهو المعتبر في الايمان فصار الاعتبار للغالب اذ المغلوب في مقابلته كالمعدوم
ولهذا لو حلف لا يشتري رطبا فاشترى بسرا مذنبا لا يحنث وكذا لو حلف لا يشرب لبنا او هذا
اللبن فصبت عليه الماء حتى صار مغلوبا لا يحنث ~~وكذا لو حلف~~ بشربه وكذا لا يتعلق بالمغلوب حرمة
الرضاع ولابي حنيفة ان اكله اكل بسر او رطب فيحنث به وان كان قليلا لان ذلك القدر كاف
للحنث ولهذا لو ميزه فاكله يحنث بخلاف الشراء لانه يصادف جملته فيعتبر الغالب فيكون المغلوب
تبعا له والاكل ينقص شيئا فشيئا فيصادفه وحده نظيره اذا حلف لا يشتري شعيرا فاشترى

ولايدري مكانه فكان كالماء المخلوط به والماء الغالب غالب لانا نقول معنى الاستهلاك هنا الكمل
لان طعم الرطب والبسر البسيط موجود في الحلق بخلاف ما ذكره ولان الرطب والبسر جنس
واحد فلا يكون مستهلكا بجنسه عندهما على ما عرف في موضعه قال ولا يحنث بشرا
كباسة بسر فيها رطب في لايشتري رطبا اي لو حلف لا يشتري رطبا لا يحنث بشرا كباسة
بسر فيها رطب لما بينا ان البيع يصادفها جملة فيكون القليل تابعا للكثير ولهذا بايعه
لا يسمى بايع الرطب فصار نظير من حلف لا يشتري لبنا او صوفا فاشترى شاة لها لبن
او صوف حيث لا يحنث لما ذكرنا ان بايعه لا يسمى بايعا للمحلوف عليه فكذا مشتريه لا يسمى مشتريا
له لان الشرا ينبني على البيع بخلاف ما اذا عقد يمينه على المس حيث يحنث في الوجوه كلها لان المس
فيها متصور حقيقة واسم المحلوف عليه باق بخلاف ما اذا حلف لا يمس قطنا او كتانا فمس ثوبا اتخذ
منه حيث لا يحنث لزوال اسم القطن والكتان فصار كما لو حلف لا ياكل سمنا او زبدا او لا يمسه فا
كل لبنا او مسه قال وبسمك في لا ياكل لحما اي لو حلف لا ياكل لحما لا يحنث باكل لحم السمك
وقال مالك والشافعي يحنث وهو القياس لانه سمي لحما في القرآن قال الله تعالى ومن كل تاكلون
لحما طريا والمراد لحم السمك بالاجماع ولنا ان التسمية مجازية لان اللحم منشاه الدم ولا دم فيه
اذ هو من سكن الماء ولهذا احل اكله من غير ذكاة فصار كالجراد فكان قاصرا في اللحمية ومطلق
اللحم يتناول الكامل دون القاصر فخرج عن المطلق بدلالة اللفظ ولهذا لا يفهم من لفظ اللحم لحم السمك الا
بقرينة حتى لو وكل رجلا بشرا اللحم فاشترى لحم السمك لا يلزمه وكذا بايع السمك لا يسمى لحاما عادة
ومبنى الايمان على العرف لا على الفاظ القرآن الا ترى انه لو حلف لا يركب دابة فركب كافرا لا
يحنث لما ذكرنا وان سمي في القرآن دابة وكذا في اللغة الا ان يعنيه فحينئذ يحنث باكله لانه
لحم من وجه وفيه تشديد على نفسه قال رحمه الله ولحم الخنزير والانسان والكبد والكرش لان
منشا هذه الاشياء الدم فصارت لحما حقيقة حتى يحنث باكلها في يمينه لا ياكل لحما الا ان
لحم الخنزير والادمي حرام واليمين قد ينعقد لمنع النفس عن الحرام كما اذا حلف لا يزني
ولا يكذب يصح يمينه وكذا يدخل ايضا في العموم الا ترى انه لو حلف لا يشرب شرابا يدخل فيه
الخمر حتى تلزمه الكفارة بشربها لكونها شرابا حقيقة ولا يقال الكفارة فيها معنى العبادة فكيف
تناط بالمحظور المحض لانا نقول الحل والحرمة انما يراعيان في السبب لا في الشرط والسبب للكفارة
في الحقيقة هو اليمين لانه ينقلب سببا عند الحنث على ما بينا من قبل والحنث شرط والشرط لا يضاف
اليه الحكم ولهذا لا يضمن شهود الشرط مع شهود اليمين اذا رجعوا وهذا بخلاف النذر بالمعصية

الكفارة في اليمين ليس لعينها بل لمعنى في غيرها وهو هتك حرمة اسم الله تعالى ولا يختلف
ذلك بين ان يكون يمينه على الطاعة او على المعصية وذكر العتابي رحمه الله انه لا يحنث باكل لحم
الخنزير والادمي وقال في الكافي وعليه الفتوى فكانه اعتبر فيه العرف ولكن هذا اعتبار عملي
فلا يصلح مقيدا بخلاف العرف اللفظي الا ترى انه لو حلف لا يركب دابة فان اللفظ عرفا لا
يتناول بالركوب على الانسان للعرف اللفظي جميع الحيوانات الا الكراع وان كان في اللغة يتناوله
ولو حلف لا يركب حيوانا يحنث بالركوب على انسان لان اللفظ يتناول جميع الحيوان والعرف
العملي وهو انه لا يركب عادة لا يصلح مقيدا وقال صاحب المحيط في الكبد والكرش هذا في عادة
اهل الكوفة واما في عرفنا فلا يحنث باكله في يمينه لا ياكل لحما لانه لا يعد لحما قال رحمه الله
وشحم الظهر في شحما اي لا يحنث باكل شحم الظهر وشرائه وبيعه في يمينه لا ياكل شحما او لا يشتريه
او لا يبيعه وانما يحنث بشحم البطن خاصة وهذا عند ابي حنيفة وقالا يحنث بشحم الظهر ايضا
لان شحم الظهر شحم حقيقة وفيه خاصيته الا ترى انه يذاب كشحم البطن ويصلح لما يصلح له الشحم
ويستعمل استعماله ويتناوله اسم الشحم قال الله تعالى ومن البقر والغنم حرمنا عليهم شحومهما الا ما
حملت ظهورهما او الحوايا او ما اختلط بعظم فاستثناه من الشحوم والاصل في الاستثناء ان يكون
المستثنى من جنس المستثنى منه فصارت الشحوم اربعة شحم البطن وشحم الظهر وشحم مختلط بالعظم
وشحم على ظاهر الامعاء واتفقوا على انه يحنث بشحم البطن والثلاثة على الخلاف هكذا ذكره في الكافي
وانما يحنث بشرائه في يمينه لا يشتري شحما في رواية عنهما لان الشرا لا يسم الحالف وانما يكون
مشتريا للشحم اذا اشتراه مما يسمى بايعه شحاما واما الاكل فيقع بنفس الماكول وحده الا ترى
انه لو حلف لا يشتري طعاما فاشترى لحما لا يحنث وفي الاكل يحنث ولابي حنيفة رحمه الله انه لحم
حقيقة الا ترى انه ينشا من الدم ويستعمل استعمال اللحوم لا الشحوم في اتخاذ القلايا والباجات
ولذا قوة اللحم ولا يطلقون عليه اسم الشحم ولهذا لو حلف لا ياكل لحما يحنث باكله ولو لم يكن لحما لما
حنث فكيف يكون شحما مع كونه لحما والاستثناء في الاية منقطع بدليل المستثنى الحوايا فان قيل
المراد ما حملته الحوايا من الشحم قلنا اذا اضمرت فهو خلاف الاصل فلا يصار اليه الا لضرورة ولا
ستثناء المنقطع وان كان خلاف الاصل ولكنه يثبت اذا دل الدليل عليه وهنا دل الدليل عليه
وهو استثناء ما اختلط بعظم وهو المخ ولم يقل احد انه شحم ولان سمي شحما لا يلزمنا لان الا
يمان مبنية على العرف لا على ما ذكر في القرآن وقد بيناه من قبل وذكر الطحاوي قول محمد مع
ابي حنيفة وقيل هذا اذا حلف بالعربية واما اسم پيه بالفارسية لا يقع على شحم الظهر بحال

وكذا اذا اكل من سويقه وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف يحنث باكل الخبز منه ولا يحنث بالسويق
وقال محمد يحنث بهما وان قضية يحنث في قولهم جميعا وضع المسئلة في العين لانه لو كان منكرا ذكر
شيخ الاسلام انه ينبغي ان يكون جواب ابي حنيفة كجوابهما والخلاف فيما اذا لم يكن له نية واما اذا
نوى فهو كما نوى بالاجماع لانه نوى حقيقة كلامه او محتمله وهو المجاز لهما في الخلافية ان الحل
ما يتخذ من البر الحل له عادة يقال اهل مصر ياكلون البر يراد به كل ما يتخذ منه فوجب العمل
بعموم المجاز ومعناه ان يكون للمجاز افراد كثيرة ومن جملة افراده محل الحقيقة فتدخل الحقيقة
في المجاز كمن حلف لا يدخل دار فلان فانه مجاز عن المسكن وحقيقته للملك فيدخل في اليمين
ما يسكنه كيف ما كان سواء كان مستاجرا او عارية او ملكا لعموم المجاز اجماعا فكذا هذا و
محمد مر على اصله في السويق لانه اكل المتخذ منه وحلفه واقع عليه وابو يوسف خالف اصله لان
حلفه يقع على المتخذ منه عند كما ولا عرف في السويق ولابي حنيفة ان هذا الكلام له حقيقة مستعملة
فانها توكل قضما ومطبوخة وكشكا وهريسة ومقلية ومجاز متعارف فالحقيقة المستعملة اولى
عنده من المجاز المتعارف اولى وهذا يرجع الى اصل اول العتاق ولو زرع الحنطة فاكل ما خرج
منها لم يحنث **قال** ولو حلف لا ياكل من هذا الدقيق فاكل هذا الدقيق يحنث بخبزه لا بسفه اي لو حلف لا ياكل هذا الدقيق
يحنث باكل خبزه ولا يحنث بسفه لان عين الدقيق لا يؤكل فانصرف اليمين الى ما يتخذ منه
كمن حلف لا ياكل من هذه النخلة ينصرف الى ما يخرج منها ولا يحنث بالسف لان الحقيقة مهجورة
فسقط اعتبارها كمن قال لاجنبية ان نكحتك فعبدي حر فزنا بها لم يحنث وكذا لو اكل خشب
النخلة في يمينه لا ياكل من هذه النخلة لا يحنث لان يمينه انصرف الى المجاز ولم يتناول بعده
الحقيقة الا بطريق عموم المجاز ولم يوجد وقيل يحنث لانه اكل الدقيق حقيقة والعرف
وان اعتبر لا تسقط به الحقيقة والصحيح هو الاول وان عنى اكل الدقيق بعينه لم يحنث باكل
الخبز المتخذ منه لانه نوى حقيقة كلامه **قال** والخبز ما اعتاده بلده اي الذي اعتاده
اهل البلد الحالف اكله حتى لو حلف في القاهرة ان لا ياكل الخبز ينصرف الى البر خبزه
وبطبرستان ينصرف الى خبز الرز وفي زبيد الى خبز الذرة والدخن ولو اكل الحالف
خلاف عندهم من الخبز لم يحنث وكذا اذا اكل خبز القطايف الا ان ينويه لانه لا يسمى خبزا مطلقا
ولو حلف لا ياكل هذا الخبز فجففه ثم دقه فشربه بالماء لا يحنث لان هذا شرب وليس باكل
وعن ابي حنيفة رحمه الله فيمن قال لامرأته ان اكلت هذا الخبز فانت طالق فطلبت حيلة حتى تاكل
ولا يطلق قال ينبغي ان يدق ذلك الخبز ويلقيه في عصيدة ويطبخ حتى يصير الخبز هالكا فيباح اكل

الا ان ينوي ما يشوى من بيض وغيره فيعمل بنيته وفيه تشديد على نفسه وكذا الطبيخ يقع على
ما يطبخ من اللحم عرفا والقياس ان يحنث باكل ما يطبخ لكونه طبيخا حقيقة وجه الاستحسان ان الطبيخ
اسم للمطبوخ من اللحم عرفا والقياس ان يحنث باكل ما يطبخ عليه مبنى الايمان ومتخذه يسمى طباخا
ولا يسمى من يطبخ الادوية طباخا وكل احد يعلم بالضرورة انه لم يرد به الا بهم ذوية المطبوخة
فتعذر حمله على العموم فحملناه على خاص وهو متعارف ولا يحنث الا باكل المطبوخ بالماء واما القلية
اليابسة فلا تسمى طبيخا فلا يحنث باكلها وان اكل الخبز بالمرقة يحنث لانه يسمى طبيخا وفيها اجزاء
اللحم ايضا **قال** والراس ما يباع في مصره اي اسم الراس يتناول جميع ما يباع في بلده من الرؤوس
حتى لو حلف لا ياكل راسا فيمينه على رؤوس تكبس في التنانير وتباع في مصره لانا نعلم انه لا يريد
به راس كل شيء فان راس الجراد والعصفور لا تدخل تحته وهو راس حقيقة فاذا لم يرد به الحقيقة
وجب اعتبار العرف وهو ما ذكرنا وكان ابو حنيفة يقول اولا تدخل فيه راس الابل والبقر
والغنم ثم رجع فقال يحنث في راس الغنم خاصة وقال ابو يوسف ومحمد لا يحنث الا في راس الغنم خاصة
وهذا اختلاف عصر وزمان وتبدل عادة لا اختلاف حجة وبرهان اذ مسائل الايمان مبنية على
العرف فيتدور معه فان قيل انتم حنثتموه بلحم الخنزير والادمي وهو لم يجد فيه بتبايع في الاسواق
ولا عرف بين الناس **قلنا** الاصل في جنس هذه المسائل ان الانسان اذا عقد يمينه على فعل مضاف
الى شيء ان امكن العمل بحقيقته يعمل بحقيقته وان لم يكن متعارفا وان لم يمكن العمل بحقيقته يجب تقييده
بالتعارف وبيانه اذا حلف لا يدخل بيتا فدخل بيعة او كنيسة او بيت نار او الكعبة لا يحنث لانه تعذر
العمل بحقيقة هذا البيت فانه لا يمكن الدخول في بيت العنكبوت وبمثله لو حلف لا يهدم بيتا فهدم
بيت العنكبوت يحنث وان كان لا يتعارف لانه امكن العمل بحقيقته في حق الهدم بخلاف الدخول فاذا
ثبت فيه نقول فيه اذا عقد يمينه على اكل الراس فالعمل بحقيقته ممتنع لان الراس اسم للعظم واللحم والاكل
العظم ممتنع ولو عقد يمينه على اللحم فالعمل بحقيقته ممكن لان اللحم يؤكل بجميع اجناسه فينعقد على حقيقته
وعلى هذا تخرج الجواب فيمن حلف لا يركب دابة لانه لا يمكن ركوب جميع الدواب فان قيل هذا يستقيم
في الاكل ولا يستقيم في الشراء فان شراء الراس بجميع اجناسه ممكن قلنا لا نسلم فان من الرؤوس ما لا يمكن
شراؤها كرؤوس النمل ونحوها **قال** والفاكهة التفاح والبطيخ والمشمش لا العنب والرمان
والرطب والقثاء والخيار حتى لو حلف لا ياكل فاكهة يحنث باكل التفاح والبطيخ والمشمش ولا يحنث بالعنب والرمان
الى اخره لان الفاكهة اسم لما يتفكه به بعد الطعام وقبله اي يتنعم به وهذا المعنى
ثابت في التفاح والبطيخ والمشمش والخوخ والتين والاجاص ونحوها فيحنث باكلها وغير ثابت في القثاء
والخيار لانهما من البقول بيعا فانهما يباعان معهما واكلا لانهما يوضعان على الموائد

مع البقول فلا يحنث باكلهما واما العنب والرمان والرطب فالمذكور هنا قول ابو حنيفة وعندهما
هي فاكهة حتى يحنث باكلها في يمينه لا ياكل فاكهة لان معنى التفكه فيها موجود فانها اعز الفواكه
واطيبها ولهذا افردت بالذكر بعد دخولها في اللفظ العام في القرآن كما افرد جبريل وميكائيل عليهما
السلام بالذكر بعد دخولهما في لفظ الملائكة ومطلق الاسم يتناول الكامل فيكون التنعم بها فوق التنعم
بغيرها من الفواكه ولابي حنيفة رضي الله عنه ان الفاكهة من التفكه وهو التنعم بما لا يتعلق به البقاء زيادة
على المعتاد وذلك لا يصلح غذاء ولا دواء الا ترى انهم يقولون النار فاكهة الشتاء والمزاح فاكهة وهذه
الاشياء يصلح لهما لان الرطب والعنب يوكلان غذاء ويتعلق بهما البقاء وبعض الناس يكتفون
بها في بعض المواضع والرمان يوكل للتداوي فيتحقق القصور في معنى التفكه فلا يتناولهما اسم الفاكهة
على الاطلاق الا ترى ان يابس هذه الاشياء ليس من الفواكه فالزبيب والتمر من الاقوات وحب الرمان
من التوابل والفواكه لا تختلف بين رطبها ويابسها انها لا تصلح للغذاء وما تلوناه شاهد له لا لهما وكذا
قوله تعالى فانبتنا فيها حبا وعنبا وقضبا وزيتونا ونخلا وحدائق غلبا وفاكهة وابا لان العطف
يقتضي المغايرة اذ الشيء لا يعطف على نفسه وهو الاصل فلا يعدل عنه من غير ضرورة وقيل هذا الخلاف
عصر وزمان فافتى كل واحد بما شاهد من عادة اهل عصره وهذا الخلاف فيما اذا لم تكن له
نية واما اذا نوى فعلى ما نوى بالاجماع وجعل البطيخ في هذا الكتاب من الفاكهة وهكذا ذكره القدوري
والحاكم الشهيد في المنتقى عن ابي يوسف وقال في المحيط اليابس من اثمار الشجر فاكهة الا البطيخ فانه
لا يعتاد يابسه فاكهة في عامة البلدان وذكر شمس الائمة السرخسي في شرحه ان البطيخ ليس من الفاكهة
لانها لا يكون يابسه فاكهة قال والادام ما يصطبغ به كالخل والملح والزيت لا اللحم والبيض ونحوه
والجبن اي الادام شيء يختلط به الخبز وهو من الصبغ وذلك بالمائع وهذا عند ابي حنيفة والظاهر
من قول ابي يوسف وقال محمد ما يوكل مع الخبز غالبا اداما كاللحم والجبن وهو رواية عن ابي يوسف لان
الادام من المؤادمة وهو الموافقة قال عليه الصلاة والسلام للمغيرة بن شعبة حين خطب امراة
لو نظرت اليها كان احرى ان يؤدم بينكما اي يوافق وما لا يوكل وحده وكذا كمال الموافقة يكون
بالامتزاج والمرق ونحوه من المائعات لا يوكل وحده بل يشرب والملح لا يوكل وحده عادة ولانه
يذوب في الفم فيحصل الاختلاط فيكون تبعا بخلاف اللحم واخويه فانها يوكل وحدها فلم يكن اداما وليس
لمحمد فيما روى لانه في الجنة ومتاع الدنيا وهي خلافها فيجوز ان يكون اداما فيها ولانه لا يلزم من كونه
سيد الادام ان يكون من الادام كما يقال للخليفة سيد العرب والعجم وان لم يكن هو من العجم وهذا
الخلاف فيما اذا لم يكن له نية فان نوى فعلى ما نوى اجماعا وهذا الاختلاف على عكس اختلافهم فيمن

[حاشية] حلف لا ياكل الا رغيفا فاكل معه البيض ... وعند محمد يحنث هو ... يقول انه قد يوكل وحده مقصودا فلا يصير تبعا للخبز بالشك بخلاف ما اذا اكل مع المائعات لان فيها تبعية فلا يعد زيادة عليه هما يقولان

هو ادام من وجه لانه قد يوكل تبعا فلا يحنث فيهما بالشك والعنب والبطيخ هو على هذا الاختلاف
وذكر شمس الائمة السرخسي انه ليس بادام بالاجماع وهو الصحيح لانهما يوكلان وحدهما غالبا
ولان اكلهما لا يسمى مؤادمة عادة والبقل ليس بادام بالاجماع قال والغداء الاكل
من الفجر الى الظهر وهو في الحقيقة اسم لطعام يوكل في هذا الوقت وهو التغدي توسعا
فلو حلف لا يتغدى فاكل في هذا الوقت حنث فان اكل قبله او بعده لا يحنث لان الطعام
المأكول فيه يسمى غداء فيتناول الاكل الواقع فيه فيحنث ولا يتناول ما ياكل بعده فلا يحنث
ومقدار ما يحنث به من الاكل ان يكون اكثر من نصف الشبع لان اللقمة واللقمتين لا يسمى
غداء عادة وجنس المأكول يشترط ان يكون ما ياكله اهل بلده عادة حتى لو شرب اللبن و
شبع لا يحنث ان كان حضريا وان كان بدويا يحنث ومثله لو اكل تمرا او ارزا حتى شبع
لم يحنث والتصبح من طلوع الشمس الى ارتفاع الضحى لانه من الصباح فيتقيد بهذا الوقت
ذكره في النهاية قال والعشاء منه الى نصف الليل والسحور منه الى الفجر اي العشاء
هو الاكل من الظهر الى نصف الليل والسحور هو الاكل من نصف الليل الى طلوع الفجر
واصل هذه الاشياء انها اسم فيها لا غير وروي عن محمد فيمن حلف لا يكلمه الى السحر انه
قال اذا دخل الثلث الاخير من الليل فكلمه لا يحنث لان وقت السحر ما قرب من الفجر
فانتهت به يمينه والمساء مساءان احدهما اذا زالت الشمس والاخر اذا غربت فاذا حلف
بعد الزوال لا يفعل كذا حتى يمسي فهو على غيبوبة الشمس لانه لا يمكن حمله على المساء الاول
فتعين الثاني قال ان لبست او اكلت او شربت ونوى معينا لم يصدق اصلا اي لو حلف
وقال ان اكلت ونحوه فعبدي حر ونوى شيئا معينا بان قال نويت الخبز او اللحم او نحوه
لا يصدق قضاء ولا ديانة لان النية تعمل في الملفوظ لانها لتعيين المحتمل والطعام ونحوه
غير مذكور وانما ثبت مقتضى وهو لا عموم له فلا يحتمل الخصوص وعن ابي يوسف انه يصدق
ديانة وبه اخذ الخصاف ونحن نقول نية غير الملفوظ لا تصح فان قيل يشكل على هذا اما
اذا قال ان خرجت او قال ان ساكنت فلانا ونوى الخروج الى سفر او المساكنة في بيت واحد
فانه يصدق ديانة حتى لو خرج الى غير السفر او ساكنه في دار لا يحنث مع ان السفر والسكنى
غير مذكورين في اللفظ قلنا الخروج متنوع الى مديد وقصير وهما مختلفان اسما وحكما و
الفعل يحتمل التنويع دون التخصيص فيصح الا ترى انه لو حلف لا يتزوج فنوى حبشية او
رومية صح ويصدق ولو نوى امراة بعينها لا يصدق لان الاول تنويع دون الثاني ولان

[حاشية] ذكر الفعل ذكر للمصدر لغة لانه محذوف وهو كالملفوظ فتصح نيته بخلاف زمنه المكان وسبب الخروج حيث لا يعم لا يذكر اقتضاء ... انه بعض اصحابنا صحة النية منهم القاضي ابو حازم وابو طاهر الدباس فعلى هذا لا يرد علينا

فكذا المساكنة عامة متنوعة فان اعمها ان يكون في بلدة واحدة والمطلق منها ان يكون في دار واحدة
واتمها ان يكون في بيت واحد وقد بينا ان نية النوع في الفعل صحيح قال ولو زاد ثوبا او طعاما او
شرابا دين اي لو زاد هذه الكلمات على الكلام الاول بان قال ان لبست ثوبا او اكلت طعاما او شربت
شرابا ونوى شيئا دون شيء دين ديانة لا قضاء لانه نكرة في الشرط فيعم كما تعم في النفي لكنه خلاف الظاهر
فلا يصدقه القاضي وعلى هذا لو قال ان اغتسلت ونوى تخصيص الفاعل او المكان او السبب بدون ذكره
لا يصدق قال لا يشرب من دجلة على الكرع حتى لو شرب باناء لم يحنث حتى يكرع فيها كرعا خلافا
لهما اذا حلف لا يشرب من ماء دجلة حيث يحنث بالشرب بالاناء وبغيره لان كلمة من للتبعيض
وحقيقته في الكرع وهو الشرط في الاول دون الثاني وقالا اذا شرب بالاناء ايضا يحنث لانه المتعارف
يقال تشرب اهل بغداد من دجلة والمراد الشرب باي شيء كان وله ان كلمة من للتبعيض حقيقة
وهي مستعملة فيه عرفا وشرعا قال النبي صلى الله عليه وسلم لقوم نزل عندهم هل عندكم ماء بات في الشن
والا كرعنا فالحقيقة مرادة ولهذا لو شرب كرعا يحنث ولو حنث بالشرب باناء لزم منه الجمع بين
الحقيقة والمجاز وهو ممتنع وهما يقولان ليس فيه جمع بين الحقيقة والمجاز بل هو عمل بعموم المجاز
وابو حنيفة يقول الحقيقة مستعملة فلا يصار الى المجاز والحق ان هذه المسئلة مبنية على ان المجاز
الراجح اولى عندهما من الحقيقة المستعملة فيصار الى المجاز لذلك وعنده الحقيقة المستعملة اولى فلا
يصار الى المجاز وهو نظير اختلافهم فيمن حلف لا ياكل من هذه الحنطة ولو حلف لا يشرب من ماء
هذا البئر او من ماء هذا الجب يحنث بشربه بالاناء اجماعا لانه لا يمكن فيه الكرع فتعين المجاز و
ان كان يمكن الكرع فعلى الخلاف ولو تكلف وشرب بالكرع فيما لا يمكن الكرع لا يحنث لان الحقيقة
والمجاز لا يجتمعان ولو حلف لا يشرب من الفرات او من ماء الفرات فعلى ما تقدم في دجلة وفاقا
وخلافا ولو شرب من نهر ياخذ من الفرات لا يحنث في يمينه لا يشرب من الفرات لعدم الكرع في
الفرات اجماعا لحدوث النسبة الى غيره فانقطعت النسبة الى الفرات ويحنث في يمينه لا يشرب من ماء
الفرات لان يمينه انعقدت على شرب ماء منسوب الى الفرات ومثل هذه النسبة لم تنقطع بمثله
ولو حلف لا يشرب ماء فراتا فهو على شرب ماء عذب من اي موضع كان لانه عبارة عن العذب
وقد جعله وصفا للماء قال الله تعالى واسقيناكم ماء فراتا وكذلك لو قال لا اشرب من ماء فرات لما
ذكرنا ولو حلف لا يشرب ماء هذا الكوز فصب ماؤه في كوز آخر فشرب به لم يحنث لتبدل النسبة
قال ان لم اشرب ماء هذا الكوز اليوم فكذا ولا ماء فيه او كان فصب او اطلق ولا ماء فيه
لا يحنث وان كان فصب حنث اي رجل قال لامرأته ان لم اشرب الماء الذي في هذا الكوز اليوم فانت
طالق وليس فيه
ماء او كان فيه ماء
فصب قبل غروب الشمس
او اطلق اليمين اي لم
يقل اليوم ولسرق
الكوز ما لم يحنث
في هذه الصور كلها
وان كان فيه فصب
حنث ابو في المطلق وهما
ما دام لم يقل اليوم
فحاصله ان هذه المسئلة
على وجوه

اما ان يكون موقتة باليوم او لم تكن موقتة به وكل وجه على وجهين اما ان يكون فيه ماء فصب
او لا يكون فيه ماء اما في الموقت لا يحنث في الوجهين لانه لم يكن فيه ماء فيستحيل الشرب منه واليمين على
المحال لا تنعقد وكذلك ان كان فيه ماء فصب قبل الليل لان البر في الموقت يجب في آخر الوقت وعند ذلك
يستحيل البر فيه فبطلت واما اذا كانت اليمين مطلقة غير موقتة فان لم يكن فيه ماء لا ينعقد اليمين
لاستحالة البر للحال وان كان فيه ماء انعقدت للتصور ثم يحنث بالصب لان البر يجب عليه كما
فرغ فاذا صب فقد فات البر فيحنث في ذلك الوقت كما لو مات الحالف والماء باق وهذا عندهما
وقال ابو يوسف يحنث في الوجوه كلها غير انه في الموقت يحنث في آخر الوقت لان التوقيت للتو
سعة فلا يجب الفعل الا في آخر الوقت فلا يحنث قبله وفي المطلق يحنث قبله للحال ان لم يكن فيه ماء
وان كان فيه ماء يحنث عند الصب لانه يجب عليه البر كما فرغ وقد تحقق عجزه للحال في الفارغ فيحنث
في الحال وعند الصب في المشغول فيحنث في ذلك الوقت وعلى هذا الخلاف اذا كانت اليمين بالله تعالى
واصله ان من شرط انعقاد اليمين وبقائها التصور عندهما وعنده لا يشترط التصور بل محلها
عنده خبر في المستقبل سواء كان قادرا عليه او لم يكن قادرا الا ترى ان اليمين على مس السماء و
تحويل هذا الحجر ذهبا ينعقد لانه عقدها على خبر في المستقبل وان لم يكن قادرا وعندهما محلها
خبر فيه رجاء الصدق لان محل الشيء ما يكون قابلا لحكمه وحكم اليمين البر وهو لا يتحقق فيما ليس
فيه رجاء الصدق فلا ينعقد اصلا كاليمين الغموس ولا يقال يمكن ان ينعقد اليمين موجبة للبر على
وجه يظهر في الخلف وهو الكفارة لانا نقول شرط انعقاد السبب في حق الخلف احتمال الانعقاد
في حق الاصل ولا احتمال هنا لعدم تصور البر فلا ينعقد ولا يقال يتصور ان يوجد الله تعالى
الماء في الكوز فينعقد كما في اليمين على تحويل الحجر ذهبا لانا نقول الماء الذي يوجده الله تعالى فيه غير
محلوف عليه وانما المحلوف عليه الماء الكائن فيه وقت اليمين وهو غير متصور الوجود لتحقق عدمه
فيه بخلاف تحويل الحجر ذهبا ثم ابو يوسف فرق بين المطلق والمقيد في حق الحنث فحنثه في المقيد
في آخر الوقت وفي المطلق ان لم يكن فيه ماء في الحال وان كان فيه ماء فعند الصب وهما فرقا بين المطلق
والمقيد فيما اذا كان في الكوز ماء فحنثاه عند الصب في المطلق فيه دون المقيد وقد ذكرنا في اثناء
البحث ما يحصل به الفرق من المعاني يعرفه من تامل فيه قال حلف ليصعدن السماء
او ليقلبن هذا الحجر ذهبا حنث للحال وقال زفر رحمه الله لا ينعقد يمينه لانه مستحيل عادة
فاشبه المستحيل حقيقة ولو كانت منعقدة لما حنث في الحال لانه في المتصور لا يحنث الا عند تحقق
الياس من فعله وهو على حسب ومن احد احيائه كما اذا حلف ليطلقن البصرة ونحوه ولنا
اذ البر متصور
حقيقة لان الصعود
الى السماء ممكن الا ترى
ان الملائكة يصعدون
وكذلك الجن قال الله تعالى
حكاية عنهم وانا لمسنا
السماء الاية وكذلك
انقلاب الحجر ذهبا ممكن
بتحويل الله تعالى
فينعقد يمينه

موجبة للبر على وجه فتخلفه الكفارة عنده وانه كساير المتصورات بخلاف مسئلة الكوز فانه
يستحيل ان يشرب الماء من الكوز الفارغ فلا ينعقد لعدم التصور ولهما الحنث للحال اعتبارا للعجز
الثابت عادة وهو يصلح لمنع تأخر الحنث دون منع الانعقاد الا ترى ان الحالف اذا مات يحنث وان
تصور ان يفعل بعده باحياء الله تعالى ولان اليمين تعقد للفايدة وقد وجدت وهي وجوب الكفارة
بدلا عن البر والحكم ببقاء اليمين كان لاحتمال البر وقد تحقق العجز عنه فلا فايدة في التاخير هذا
اذا كانت اليمين مطلقة وان كانت موقتة لا يحنث حتى يمضي ذلك الوقت وقال زفر يحنث للحال
لثبوت العجز كما في المطلق وهذا القول لا يستقيم منه لانه يمنع الانعقاد على ما ذكرنا انفا فكيف
يحنث الا اذا حمل على ان له رواية اخرى **ولنا** انه لم يلزمه البر للحال فلا يحنث بتركه للحال ولو
قال ان تركت مس السماء فعبدي حر لا يحنث لان الترك لا يتصور في غير المقدور عليه عادة
قال لا يكلمه فناداه وهو نايم ~~فنبهه او حلف لا يكلمه الا باذنه~~ فايقظه او الا باذنه فاذن
له ولم يعلم حنث اي لو حلف لا يكلم فلانا فناداه وهو نايم فنبهه او حلف لا يكلمه الا باذنه فاذن
له ولم يعلم الحالف بالاذن حنث اما الاول فلانه كلمه واسمعه فيحنث ولو لم توقظه ذكر القدوري
انه اذا كان بحيث يسمع لو لم يكن نايما يحنث يعني بحيث يسمع لو اصغى اذنه لانه قد كلمه ووصل
الى سمعه الا انه لم يفهم لنومه فصار كما اذا ناداه وهو بحيث يسمع الا انه لم يفهم لغفلته ولان استماع
الغير امر باطن لا يوقف عليه فاقيم السبب المودي اليه مقامه وهو ان يكون بحيث يسمع لو اصغى اذنه
ولم يكن به مانع من السماع والمختار الاول لانه اذا لم ينتبه كان كما اذا ناداه من بعيد وهو بحيث
لا يسمع صوته وقيل هو على الخلاف عند ابي حنيفة يحنث خلافا لهما والمسئلة معروفة فان النايم
عنده كالمستيقظ في حق الاحكام واما الثاني وهو ما اذا قال لا اكلمه الا باذنه فلان الاذن مشتق
من الاذان الذي هو الاعلام او من الوقوع في الاذن قال الله تعالى واذان من الله ورسوله اي
اعلام وقيل يسمى الكلام اذنا لانه يقع في الاذن الذي هو طريق العلم بالمسموعات وكل ذلك لا
يتحقق الا بعد العلم وقال ابو يوسف لم يحنث لان الاذن هو الاطلاق وانه يتم بالاذن كالرضا
قلنا الرضا من اعمال القلب فيتم به ولا كذلك الاذن ثم اعلم انه لا يحنث الا اذا كلمه بكلام يسمعه
المحلوف عليه وهو مستانف بعد اليمين منقطع عن اليمين فان كان موصولا بها لم يحنث نحو ان يقول
ان كلمتك فانت طالق فاذهبي او فقومي لان هذا من تمام الكلام الاول فلا يكون مرادا باليمين
الا ان يريد بهذا الكلام استينافا كذا ذكره في النهاية معزيا الى الذخيرة ولو سلم على جماعة هو فيهم
حنث لانه للجميع وان نواه دونه دين ديانة لا قضاء ولو قال السلام عليكم الا واحدا لا يحنث ولو دخل

ولو كلم غيره وقصد ان يسمعه لا يحنث ولو اشار اليه او ارسل اليه لا يحنث لان الكلام حروف منظومة
ولو كان الحالف اماما لا يحنث بالتسليمتين لانه من افعال الصلاة وليس بكلام عرفا ولو كان المؤتم
هو الحالف فكذلك خلافا لمحمد بناء على انه يخرج من الصلاة بسلام الامام عنده ولو سبح او فتح عليه في الصلاة
لا يحنث وخارجها يحنث ولو قرع عليه الباب فقال من هذا يحنث ولو ناداه المحلوف عليه فقال
لبيك او لبي يحنث ولو كلمه بكلام لا يفهمه المحلوف عليه ففيه اختلاف الروايتين ولو قال الحالف
افعل يا حايط كذا وكذا وقصد اسماع المحلوف عليه لا يحنث ولو قال لغيره ان ابتداتك بالكلام
فعبدي حر فالتقيا فسلم كل واحد منهما على صاحبه لا يحنث لانه لم يوجد منه كلام بصفة البداية
وهو المحلوف عليه وسقط اليمين عن الحالف فلا يتصور حنثه في تلك اليمين ابدا لان كل كلام
يوجد من الحالف بعد ذلك يكون بعد وجود الكلام من المحلوف عليه فلا يحنث وشرط حنثه
ان يكون قبله ومن هذا لو كان كل واحد منهما حالفا ان لا يكلم صاحبه والمسئلة بحالها لا يحنث
كل واحد منهما ابدا لما ذكرنا ولو قال لامرأته ان ابتداتك بالكلام فانت طالق فقالت
هي ان ابتداتك بالكلام فعبدي حر ثم ان الزوج كلمها بعد ذلك لا يحنث لانها سبقته با
لكلام حين حلفت ولا يتصور حنثها بعد ذلك لانه حين كلمها بعد يمينها فقد سبقها بالكلام
فكل كلام يوجد منها بعد ذلك يكون مسبوقا بعد كلامه ففات شرط الحنث **قال رحمه الله** لا يكلمه شهرا
فهو من حين حلف اي لو حلف لا يكلمه شهرا على خلاف فابتداء مدة اليمين من حين حلف لانه لو لم
يذكر الشهر لتابد اليمين ولان الحامل غيظ لحقه منه في الحال فيمنع نفسه عن التكلم في الحال فيكون ابتداؤها
من ذلك الوقت عملا بدلالة حاله وكذا لو قال ان تركت كلامه شهرا او ان تركت الصوم شهرا او
ان لم اساكنه شهرا يتناول شهرا من حين حلف لان ترك الصوم مطلقا او ترك الكلام او ترك
المساكنة مطلقا يتناول الابد فصار ذكر الوقت لاخراج ما وراءه وكذا الاجارة والاجال بخلاف
قوله لاصومن او لاعتكفن شهرا لان مطلق الصوم والاعتكاف المطلق لا يتابد بل يتناول
الادنى في النفي والاثبات فيكون ذكر الوقت للمد اليه لا لاخراج ما وراءه **قال رحمه الله** لا
يتكلم فقرا القران او سبح لم يحنث اي لو حلف لا يتكلم فقرا القران او سبح لا يحنث وعلى هذا
التهليل والتكبير والطاقة يتناول القراءة والتسبيح في الصلاة وخارجها وهو اختيار الشيخ
المعروف بخواهر زاده لانه لا يسمى متكلما عادة وشرعا قال عليه الصلاة والسلام ان الله
يحدث من امره ما يشاء وان مما احدث ان لا يتكلم في الصلاة ولم يفهم منه احد ترك
القراءة والذكر وقال عليه الصلاة والسلام ان صلاتنا هذه لا يصلح فيها شيء من كلام الناس

عادة وكذا اشرعا لما رويناه واختار ابو الليث انه ان كانت اليمين بالعربية فكما قاله القدوري وان
كانت بالفارسية فكما اختاره خواهر زاده والقياس ان تحنث في الصلاة وخارجها لوجود التكلم حقيقة
ووجه الاستحسان ما بينا قال يوم اكلم فلانا فعلي الحديث اي الليل والنهار ومعناه لو قال
يوم اكلم فلانا فامرأته طالق فهو على الليل والنهار لان اسم الليل او النهار اذا قرن بفعل
لا يمتد يراد به مطلق الوقت قال الله تعالى ومن يولهم يومئذ دبره والكلام لا يمتد وكذا الطلاق
بخلاف الامر باليد وقد بيناه من قبل قال فان نوى النهار خاصة صدق اي ديانة
وقضاء لانه نوى حقيقة كلامه وهو مستعمل فيه ايضا فيصدق وعن ابي يوسف انه لا يصدق في القضاء
لانه خلاف المتعارف وقد ذكرنا اختلاف الروايتين في صحة نية الحقيقة اذا كانت الحقيقة خلاف المتعا
رف في قوله لبادينه ان استطاع قال وليلة اكلم على الليل اي لو قال ليلة اكلم فلانا فا
مرأته طالق فهو على الليل خاصة لان حقيقته في سواد الليل خاصة كالنهار في البياض خاصة ولم
يجئ استعماله في مطلق الوقت بخلاف اليوم وهما ضدان قال الله تعالى وهو الذي جعل الليل والنهار
خلفة فان قيل كيف يصح ان يقال لم يجئ استعمال الليل لمطلق الوقت وقد اطلقته العرب على الليل
والنهار حتى قال الشاعر وكنا حسبنا كل سوداء تمرة ليالي لاقينا الجذام وحميرا قلنا هذا القايل ذكر
الليالي بعبارة الجمع وذكر عددين واحدهما بعبارة الجمع فدخل ما بازايه من العدد الاخر على ما بينا في
الاعتكاف وكلامنا هنا في المفرد فلا يلزمنا قال ان كلمته الا ان يقدم زيد او حتى او الا ان ياذن
او حتى فكذا فكلم قبل قدومه او اذنه حنث وبعدهما لا اي لو قال ان كلمت فلانا الا ان يقدم فلان
او قال الا ان ياذن لي فلان فامرأته طالق فكلمه قبل قدومه او اذنه حنث وبعدهما لا اي لو قال
ان كلمت فلانا الا ان يقدم فلان او حتى يقدم فلان او قال الا ان ياذن لي فلان او حتى ياذن لي فلان
فامرأته طالق فكلمه قبل قدومه او اذنه طلقت ولو كلمه بعد القدوم والاذن لا تطلق لان القدوم
والاذن صار غاية لليمين فيبقى اليمين قبل وجود الغاية فيحنث بوجود الشرط لبقاء اليمين ولا تحنث
بعدها لانتهاء اليمين وانما قلنا انهما غايتان لدخول حرف الغاية فيهما وهي كلمة حتى والا ان اما
حتى فظاهر بانها للغاية واما الا ان فان الاصل فيها انها للاستثناء وتستعار للشرط والغاية اذا تعذر
الاستثناء لمناسبة بينها وبينهما وهو ان حكم ما قبل كل واحد من الاستثناء والشرط والغاية يخالف
ما بعده ثم الاصل فيها اذا تعذر الاستثناء انها متى دخلت على ما لا يتوقت يكون للشرط كقوله انت طالق
الا ان يقدم فلان ان قدم لا تطلق وان لم يقدم حتى مات طلقت فحملت على الشرط كانه قال ان لم يقدم فلان فانت
طالق لان الاستثناء متعذر لعدم المجانسة بين الطلاق والقدوم فكان حملها على الشرط اولى من حملها على الغاية فيه

لانها دخلت على اليمين وهي تقبل الغاية كما اذا حلف لا يكلمه الى رجب ونحو ذلك فكان حمله على الغاية فيه
اولى من حمله على الشرط لان مناسبة الاستثناء للغاية اقوى من مناسبته للشرط الا ترى ان الحكم موجود فيهما
في الحال بخلاف الشرط فاذا ثبت هذا فنقول اذا كلمه قبل القدوم او الاذن حنث لان اليمين باقية قبل وجود
الغاية وان كلمه بعد القدوم او الاذن لا يحنث لان اليمين انتهت بوجود الغاية قال وان مات زيد سقط
الحلف اي لو مات زيد قبل ان يقدم او ياذن يسقط اليمين لان حكم هذه اليمين حرمة الكلام في مدة
ينتهي بالقدوم والاذن وبعد الموت لا يتصور ذلك فبطلت ولا يعتبر تصوره باعادة الحياة فيه لان المحلوف
عليه الاذن او القدوم في هذه الحياة فصار كما لو حلف ليقتلن فلانا فمات فلان تحنث في الحال للياس من
القتل ولا يعتبر تصور القتل لبقاء اليمين باعادة الحياة فيه وهذا عندهما وقال ابو يوسف لا تبطل اليمين
لان التصور ابتداء عنده ليس بشرط على ما بينا في مسألة الكوز وكذا امتداده فتتابد اليمين بسقوط الغاية
قال لا ياكل طعام زيد او لا يدخل داره او لا يلبس ثوبه او لا يركب دابته او لا يكلم عبده ان اشار وزال
ملكه وفعل لا يحنث كالمتجدد وان لم يشر لا يحنث بعد الزوال وحنث بالمتجدد اي لو حلف لا ياكل
طعام زيد الى اخره ان اشار الى الطعام ونحوه بان قال طعام زيد هذا اي هذا الطعام وزال ملك
المحلوف عليه ثم اكله الحالف لا يحنث كما لا يحنث في اكل طعامه المتجدد بان ملكه بعد اليمين او ان لم
يشر اليه بل اطلقه بان قال لا اكل طعام زيد فزال ما كان يملكه في ذلك الوقت عن ملكه فاكله لا يحنث
ايضا ولو تجدد له ملك غير ذلك فاكله يحنث هنا فحاصله انه ان اشار اليه مع الاضافة فخرج عن ملكه
لم يحنث بالفعل وان تجدد له ملك لم يحنث ايضا وان لم يكن مشارا اليه يحنث في ملكه مطلقا سواء كان
موجودا في ملكه عند اليمين او حدث بعده اما اذا لم يشر اليه فلانه عقد يمينه على فعل واقع في محل
مضاف الى فلان فيحنث ما دامت الاضافة باقية وان كانت متجددة بعد اليمين فلا يحنث بعد زوالها
لعدم شرط الحنث وعن ابي يوسف انه لا يحنث في الملك المتجدد له في الدار بعد ما وجدها لان الملك لا يستحدث
عادة فهي اول ما يشترى واخر ما يباع فتقيدت اليمين المضافة الى الدار بالقايمة منها في ملكه
وقت اليمين وعنه في رواية يتقيد اليمين في الجميع بالقايم في ملكه وقت الحلف وهما يقولان ان اللفظ فيها
مطلق فيجري على اطلاقه والعرف مشترك فلا يصلح مقيدا واما اذا اشار اليه فلان اليمين عقدت على
عين مضاف الى فلان اضافة ملك فلا يبقى اليمين بعد زوال الملك كما اذا لم يعين وهذا لان هذه الا
عيان لا تقصد هجرانها لذواتها بل لمعنى في ملاكها واليمين يتقيد بمقصود الحالف ولهذا يتقيد بالصفة الحا
ملة على اليمين وان كانت في الحاضر على ما بينا من قبل وهذه صفة حاملة على اليمين فتقيد بها فصار كانه
قال ما دام في ملك فلان نظرا الى مقصوده وهذا عندهما وقال محمد يحنث اذا فعل بعد ما خرج عن ملكه

على اليمين عقيظ لحقه من جهة المالك فيعتبران حتى اذا فقد احدهما لا يحنث **قال** وفي الصديق و
الزوجة حنث في المشار بعد الزوال اي لو حلف لا يكلم صديق فلان هذا او زوجة فلان فكلمه بعد زوال
الصداقة والزوجية حنث وهذا بالاجماع لان الحث مقصود بالهجران لذاته فكانت الاضافة للتعريف
المحض والداعي لمعنى في المضاف اليه غير ظاهر لانه لم يعين اي لم يقل لا اكلم صديق فلان لان فلانا
عدو فلا يشترط دوامها الخلاف مامر على قول ابي حنيفة وابي يوسف لان ملك الاعيان لا تهجر لذواتها
اما غير العبد فظاهر وكذا العبد على ظاهر الرواية خلافا لما يروى عن ابي حنيفة لا بن الخسة وسقوط
منزلته لحق بالجماد حتى يباع كالبهايم فلا يقصد بالهجران فكانت الاضافة معتبرة فلا يحنث بعد
زوالها **قال** وفي غير المشار لا اي لو حلف في غير المشار اليه من غير الصديق والزوجة بان
قال لا اكلم صديق فلان او زوجته فزالت النسبة اليه بان عادى صديقه او طلق زوجته فكلمه لا يحنث
وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يحنث لان المقصود هجرانه والاضافة للتعريف فصار كالمشار اليه ولهما ان هجران الحر لغيره محتمل وتنكر الاشارة والتسمية باسمه يدل على ذلك فلا يحنث مع
الاحتمال بالشك **قال** وحنث بالمتجدد اي حنث بالمستحدث من الصديق والزوجة وهذه الصورة
وهي ما اذا حلف لا يكلم صديق فلان او زوجته ولم يشر اليه وهذا عندهما وعند محمد لا يحنث وهو
مبني على ما تقدم من انه يتناول المعين وهو الموجود فيكون معاداته لذاته عندهما وعندها
لاجل الاضافة هذا اذا لم يكن له نية اما اذا نوى فعلى ما نوى لانه محتمل كلامه **قال** لا يكلم صاحب
هذا الطيلسان اي حلف لا يكلم صاحب هذا الطيلسان فباعه فكلمه حنث لان الانسان لا يمتنع عن كلام
صاحب الطيلسان لاجل الطيلسان فكانت الاضافة للتعريف فتعلقت اليمين بالمعرف ولهذا
لو كلم المشتري لا يحنث **قال** الزمان والحين ومنكرهما ستة اشهر والمراد بالمنكر ما لم يدخل
الالف واللام منهما حتى لو قال لا اكلم فلانا حينا او زمانا او الحين او الزمان فهو على ستة اشهر لان
الحين يذكر بمعنى الساعة قال الله تعالى فسبحان الله حين تمسون وحين تصبحون اي ساعة تمسون
قال الله تعالى هل اتى على الانسان حين من الدهر والمراد اربعون سنة ويطلق على اربعين
سنة ويطلق على ستة اشهر قال الله تعالى تؤتي اكلها كل حين قال ابن عباس رضي الله عنهما
هي ستة اشهر فيحمل عليه لانه هو الوسط وخير الامور اوساطها ولان الحلف لا يقصد الامتناع
عنها باليمين للقدرة على الامتناع بدونها والاربعون سنة بمنزلة الابد ومن يؤمل ان يعيش سنة ولو قصد ذلك لاطلقه ولم يذكر الحين لانه يتأبد عند الاطلاق فتعين ما عيناه والزمان يستعمل ايضا
استعمال الحين يقال ما رايتك منذ حين ومنذ زمان ويستوي فيه المعرف والمنكر لان ستة اشهر

هل اتى على الانسان حين من الدهر اي الابد وقال عليه الصلاة من صام الابد فلا صيام له اي عمره
كله **قال** ودهر مجمل اي المنكر منه مجمل وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا هو كالحين
والخلاف في المنكر خاصة هو الصحيح واما المعرف بالالف واللام يراد به الابد بالاجماع على ما بينا
ولهما انه يستعمل استعمال الحين يقال ما رايته منذ دهر ومنذ حين بمعنى واحد وابو حنيفة توقف
فيه وقال لا ادري ما الدهر والتوقف عند عدم المرجح من الكمال كما روي انه عليه الصلاة والسلام
سئل عن خير البقاع فقال لا ادري حتى اسال جبرائيل عليه السلام فسال جبرائيل عليه الصلاة والسلام
فقال لا ادري حتى اسال ربي عز وجل فصعد الى السماء ثم نزل فقال سالت ربي عن ذلك فقال خير
البقاع المساجد وخير اهلها من ان يكون اول الناس دخولا واخرهم خروجا وسئل ابن عمر عن شيء
فقال لا ادري ثم قال بعد ذلك طوبى لابن عمر سئل عما لا يدري فقال لا ادري فعلم انه من الكمال
والتورع وقيل انما قال لا ادري تادبا وحفظا للسانه عن التحدث في الدهر فانه جاء في الحديث انه
عليه الصلاة والسلام قال لا تسبوا الدهر فان الله هو الدهر اي خالق الدهر وقيل وجد استعمال
الناس فيه مختلفا فان المعرف فيه للابد والمنكر تخالف ذلك فقال لا ادري ما الدهر لان اللغات لا تدرك
بالراي فمنع كل المقوض فيه بالقياس **قال** والايام وايام كثيرة والشهور والسنون عشرة ومنكرها
ثلاثة وكذلك الجمع والاذمنة وهذا عند ابي حنيفة وقالا في الايام وايام كثيرة سبعة والشهور اثنا
عشر وما عداها للابد والمنكر منها ثلاثة بالاجماع لانه جمع ذكر منكرا فيتناول الاقل للتيقن به بخلاف
المعاوضات حيث تبطل بمثله لانه يفضي الى المنازعة للجهالة واما المعرف بالالف واللام فالاصل فيه انه
لتعريف العهد ان كان ثم معهود وان لم يكن فللجنس فاذا كان للجنس فلا يخلو اما ان ينصرف الى ادنى
الجنس او الى الكل ولا يتناول ما بينهما فاذا ثبت هذا فهما يقولان وجد العهد هنا فان الايام والشهور
تدور على سبعة والشهور على اثنا عشر فينصرف اليه وفي غيرهما لم يوجد فيستغرق العمر وابو حنيفة
يقول ان اكثر ما يطلق عليه الجمع عشرة واقله ثلاثة فاذا دخلت عليه الة التعريف استغرق الجمع وهو
العشرة لان الحد من الاقل بمنزلة العام من الخاص والاصل في العام هو العموم ما لم يقم الدليل
على الخصوص فحملناه عليه ولا نسلم ان ما ذكراه معهود لان انتهاء اساميها لا انتهاء اساميها لا انفسها
والة التعريف انما دخلت على الايام والشهور ونحوها فانصرفت الى تعريفها انفسها فصارت لاقصى
ما يطلق عليه ذلك اللفظ فان قيل الة التعريف اذا دخلت على الاعيان تفيد تعريف الجنس لا تعريف
العدد الا ترى ان من حلف لا يشتري العبيد او لا يتزوج النساء ينصرف الى الجنس لا الى العدد فوجب
ان يكون كذلك **قلنا** العدد في الزمان معهود لانه معدود عادة فصار منصرفا الى هذا المعهود

على الحل تحلنا الاصل في العموم الاستغراق الا اذا تعذر فامكن ذلك في الاثمان دون الاعيان لان عجزه

عما يقدر عليه او الحل وحصلهم يقدر ان يشتري الافراد كلها الاعيان فكيف يمنع نفسه عنه ولو

امتنع عنه يضاف الامتناع الى عدم القدرة لا الى اليمين بخلاف الزمان فانه يمكنه ان يمتنع في الحل وكذا بالفعل

مدة في ذلك الزمان تحنث لان من حلف لا يفعل شيئا في زمان ففعله مرة حنث كمن حلف لا يكلم فلانا شهرا

فكلمه مدة وفي الاعيان لا تحنث حتى يفعل في كل فرد من افراده فلو حمل على الاستغراق لما تصور حنثه

فلا يحتاج ان يمنع نفسه عنه لعدم قدرته على الفعل في الكل وفي قوله لا اكلمه اياما كثيرة انما انصرف

الى المعهود وهو العشرة عنده وعندهما السبعة لانه لما وصفه بالكثرة فعلم بالضرورة انه لم يرد به

الاقل وهو الثلاث لانه لو لم يصفه كان متناولا له وتنصرف اليه وليس بعض الاعداد مما فوق

الثلاث باولى من البعض فينصرف الى المعهود بلفظ الايام على القولين ثم الجمع معرفا ومنكرا يقع على

ايام الجمعة في المدة وله ان يكلمه بين الجمعات لانه حقيقة اسم ليوم مخصوص الا اذا نوى الاسبوع

فيصدق لاحتمال وللتغليظ والله اعلم باب اليمين في الطلاق والعتاق الاصل في هذا

الباب ان الولد الميت ولد في حق غيره لا في حق نفسه وان الاول اسم لفرد سابق والاخير لفرد

لاحق والوسط لفرد بين العددين المتساويين وان الشخص الواحد متى اتصف بواحد من هذه الثلاثة

فلا يتصف بالاخر منها للتنافي بينهما وكذلك الفعل الواحد قال رحمه الله ان ولدت فانت كذا حنث

بالميت بخلاف فهو حر فولدت ولدا ميتا ثم احد حيا عتق الحي وحده اي لا يعتق الذي يولد بعده

ومعنى هذا الكلام بان من قال لامرأته اذا ولدت ولدا فانت طالق فولدت ولدا ميتا طلقت

وكذا اذا قال لامته اذا ولدت ولدا فانت حرة لان الموجود ولد حقيقة عرفا وشرعا حتى تنقضي به

العدة والدم الذي بعده نفاس وتصير الامة به ام ولد وترجى شفاعته يوم القيامة قال عليه الصلاة

والسلام ان السقط ليقوم محبنطئا على باب الجنة فيقول لا ادخل حتى يدخل ابواي فاذا كان ولدا تحقق الشرط

وينزل الجزاء على امته ضرورة بخلاف ما اذا قال اذا ولدت ولدا فهو حر حيث يشترط ان يكون حيا عند

ابي حنيفة حتى اذا ولدت ولدا ميتا ثم احد حيا عتق عنده وهو المراد بقوله بخلاف فهو حر اي بخلاف

قوله اذا ولدت ولدا فذلك الولد حر وقال ابو يوسف ومحمد لا يعتق واحد منهما لان الشرط قد تحقق

بولادة الميت على ما بيناه فتنحل اليمين لا الى جزاء لان الميت ليس بمحل للحرية وهو الجزاء وانحلال اليمين

لا يتوقف على نزول الجزاء الا ترى انه لو قال لامرأته ان دخلت الدار فانت طالق فابانها فانقضت

عدتها ثم دخلت الدار انحلت اليمين فصار كما لو علق به الطلاق او عتق غيره على ما بينا والذي تحقق انه

لو قال ثاني ولد تلدينه فهو حر فولدت ميتا ثم احد حيا عتق الثاني فكذا لان الاول ولادة لما عتق

ما اذا قال ان ضربت فلانا فعبدي حر يتقيد بحياة المضروب لان معنى الضرب وهو الايلام

لا يتحقق بعد الموت بخلاف ما اذا قال ان اشتريت عبدا فهو حر يتقيد بحياة المضروب لان معنى

الضرب وهو الايلام لا يتحقق بعد الموت بخلاف ما اذا قال ان اشتريت عبدا فهو حر فاشترى

عبدا لغيره حيث تنحل به اليمين ولم يتقيد اليمين بالشراء لنفسه لان المشتري لغيره محل للاعتاق

وان كان لا ينفذ فيه الا باجازة المالك وعلى هذا الخلاف لو قال اول ولد تلدينه حيا او قال ان

ولدت ولدا حيا فهو حر لانه قيده بالحياة فصار بخلاف ما اذا قال اول عبد يدخل علي فهو حر

فادخل عليه عبد ميت ثم اخر حي حيث يعتق الاخر بالاجماع في الصحيح والفرق لهما ان العبودية

بعد الموت لا يبقى لان الرق يبطل بالموت بخلاف الولد والولادة فانه يطلق على الميت اجماعا ولهذا

لو علق به الطلاق او حرية غيره لا يتقيد بالحياة قال اول عبد املكه فهو حر فملك عبدا عتق

ولو ملك عبدين ثم اخر لا يعتق واحد منهم لان الاول اسم لفرد سابق لا يشاركه غيره في اسمه و

معناه ان المشتري في المسئلة الاولى وجد فيه هذا المعنى فيعتق وفي الثانية لم يوجد لانه لما اشترى

العبدين معا في عقد واحد فلم يوجد فيهما الشرط وهو الفردية ولا فيما اشتراه بعدها لعدم السبق

قال ولو زاد وحده عتق الثالث اي زاد هذه الكلمة على الكلام الاول بان قال اول عبد اشتريه

وحده او املكه وحده فهو حر فاشترى عبدين معا ثم واحدا بعدهما عتق الثالث لانه يراد به

الانفراد في حالة الشراء لانه وحده للحال لغة يقال جاء زيد وحده اي منفردا فيشترط انفراده

في حالة الشراء ولم يسبقه احد بهذه الصفة فكان اولا فصار نظير ما لو قال اول عبد اشتريه بالدنانير

فهو حر فاشترى عبيدا بالدراهم او بالعروض ثم اشترى عبدا بالدنانير عتق لما قلنا و

كذا لو قال اول عبد اشتريه اسود فهو حر فاشترى عبيدا بيضا ثم اشترى اسود عتق

وفي المسئلة الاولى قال اول عبد اشتريه ولم يتعرض لحاله فان قيل لو قال اول عبد واحد فهو

حر فاشترى عبدين ثم اشترى عبدا لا يعتق الثالث فما الفرق بينهما قلنا الفرق بينهما ان وحده يقتضي

الانفراد في الفعل المقرون به وينفي مشاركة الغير اياه في ذلك الفعل ولا يقتضي الانفراد في الذات

وواحدا يقتضي الانفراد في الذات وتاكيد للموجب الا ترى انه يصح ان يقال في الدار رجل واحد وان

كانت معه امرأة لانه يقتضي الانفراد في ذاته وهو الرجولية لا في الفعل المقرون به وهو الكينونة في الدار

ولا يصح ان يقال وحده لانه يقتضي وصف المتفرد للرجل في الفعل المقرون به وهو الكينونة

في الدار لا لانفراده في ذاته وهو الرجولية وعلى هذا لو قال ما في الدار رجل واحد وفيها رجلان كان

كاذبا ولو قال ما في الدار رجل وحده كان صادقا فاذا ثبت هذا فنقول قوله املكه وحده يقتضي

فلم يعتق الا اذا نوى معنى التوحيد في حالة الشرا او لانه يحتمل ان يكون حالا من العبد او من
السيد فلا يعتق بالشك ولو قال اول عبد املكه فهو حر فملك عبدا ونصف عبد عتق العبد
الكامل لان نصف العبد ليس بعبد ولم يشاركه في اسمه فلا يقطع عنه وصف الاولية والفردية
كما لو ملك معه ثوبا او نحوه بخلاف ما اذا قال اول كر املكه فهو هدي فملك كرا ونصف كر
حيث لا يلزمه شي لان النصف يزاحم الكل في المكيلات والموزونات لانه بالضم يصيب شيئا واحدا بخلاف
الثياب والعبيد ولو قال آخر عبد املكه فهو حر فملك عبدا ثم مات لم يعتق لان الآخر اسم لفرد
لا يشاركه غيره من جنسه ولا سابق له فلا يكون لاحقا الا ترى انه يدخل في قوله اول عبد املكه
فيستحيل ان يدخل في ضده حال فلو اشترى عبدا ثم عبدا ثم مات عتق الآخر لانه فرد لاحق و
يستند العتق الى وقت الشرا حتى يعتق من جميع المال ان كان اشتراه في صحته عند ابي حنيفة وعندهما
يعتق مقتصرا على حالة الموت فيعتبر من الثلث على كل حال لان الآخرية تثبت بعدم شرا غيره بعده
فصار العتق معلقا بعدم الشرا بعده وانما يثبت العدم عند الموت فيقتصر العتق على زمن الموت
كما لو قال ان لم اشتر عليك عبدا فانت حر فلم يشتر حتى مات يعتق المخاطب مقتصرا على حالة الموت
فكذا هنا لانه في معناه والمعنى هو المعتبر وله ان الآخرية تثبت للثاني كما اشتراه الآن هذه الصفة بعرض
الزوال لاحتمال شرا غيره بعده فاذا مات ولم يوجد ما يبطل صفة الآخرية تبين انه كان آخرا منذ
اشتراه فيعتق من ذلك الوقت كما لو علق الطلاق او العتاق بالحيض فرات الدم لم يحنث للحال لاح
تمال الانقطاع دون الثلث فاذا استمر ثلاثة ايام تبين ان العتق او الطلاق كان واقعا من وقت
روية الدم وقولهم ان صفة الآخرية انما تثبت بعدم شرا غيره بعده قلنا نعم ولكن ذلك غير مذكور
فلم يجعل شرطا الا ترى انه لو قال من امراته وتمت اربعة اشهر ثم قال كنت فيت اليها لم يقبل
قوله مع ان الطلاق معلق بعدم القربان لكنه لما لم يكن ملفوظا صريحا لم يجعل شرطا بخلاف ما لو قال
ان لم اقربك اربعة اشهر فانت طالق باين فلما مضت اربعة اشهر قال كنت قد بيتها في المدة
فانه يقبل قوله كذا هنا وعلى هذا الخلاف فيما اذا قال آخر امراة اتزوجها فهي طالق ثلاثا يقع عند الموت
عندهما وترث بحكم انه فار ولها مهر واحد وعليها العدة لابعد الاجلين من عدة الطلاق والوفاة وان كان
الطلاق رجعيا فعليها عدة الوفاة وتحد وعنده يقع منذ تزوجها فان كان دخل بها فلها مهر بالدخ
ول بشبهة ونصف مهر بالطلاق قبل الدخول وعدتها بالحيض بلا احداد ولا ترث منه ولو قال
آخر امراة اتزوجها فهي طالق فتزوج امراة ثم اخرى ثم طلق الاولى ثم تزوجها ثم مات طلقت التي تزوجها
مرة لان التي اعاد عليها التزوج اتصفت بانها اولى فلا تتصف بالآخرية للتضاد كمن قال آخر

[illegible]

دون الباقين الا ترى الى ما يروى انه عليه الصلاة والسلام مر بابن مسعود وهو يقرا القرآن
غضا طريا كما انزل فليقراه بقراة ابن ام عبد فاخبره بذلك ابو بكر ثم عمر فكان يقول ابن
مسعود بشرني ابو بكر واخبرني عمر فقد سماه ابو بكر مبشرا لانه اخبر الخبر صدقا سارا
وليس له به علم وهذا بخلاف الخبر حيث لا يشترط عدم العلم به حتى لو قال من اخبرني بقدوم
فلان فهو حر فاخبره ثلاثة متفرقون عتقوا لما بينا وروينا لكنه يشترط ان يكون صدقا
كالبشارة ولو ارسل اليه العبد عتق في البشارة والخبر لان الكتابة والمراسلة تسمى بشارة و
هذا بخلاف الحديث حيث لا يحنث الا بالمشافهة ولو ان عبدا له ارسل عبدا آخر بالبشارة
فجاء الرسول وقال للمولى ان فلانا يقول لك قدم فلان عتق المرسل دون الرسول وهذه
بمنزلة الكتاب ولو قال الرسول ان فلانا قدم ولم يقل ارسلني عتق الرسول خاصة قال
وان بشروه معا عتقوا لان البشارة قد تحققت من الجميع لانها عبارة عن خبر يغير بشرة الوجه
لغة وفي العرف عبارة عما بيناه وهي تحقق من الجماعة قال الله تعالى فبشروه بغلام عليم قال وصح
شراء ابيه ايضا للكفارة ومعنى هذه المسئلة في ام الولد ان يقول لامة غيره وقد استولدها
بالنكاح ان اشتريتك فانت حرة عن كفارة يميني فاشتراها فانها تعتق لوجود الشرط ولا تجزيه
عن الكفارة والاصل فيه ان النية اذا قارنت علة العتق ورق المعتق كامل صح التكفير والا فلا و
الخلاف في المسئلة الاولى بناء عليه فعندها علة عتق القرابة لانها علة الصلة بين الاقارب لانها
تجب بالقرابة كما في النفقة والتزاور والشرا شرط العتق لانه سبب الملك والاعتاق سبب
لزواله وبينهما تناف فاستحال اضافة العتق الى الشرا فلم تتصل النية بعلة العتق فلا يصح
كمن قال لعبد الغير ان اشتريتك فانت حر فاشتراه ناويا عن التكفير فانه لا يجزيه وهو
المراد بقوله لا بشراء من حلف بعتقه والجامع بينهما ان نية التكفير قارنت الشرط في المسئلتين و
هو الشرا لان العلة هو التعارض الاول ولهذا اشترط الاهلية عنده حتى لو قارنته النية صح وجاز عن
الكفارة ولان فيه صرف منفعة الكفارة الى ابيه ولا يجوز لغيرها من القرب الواجبة عليه ولنا ان شراء
القريب اعتاق قال عليه الصلاة والسلام لا يجزي ولد والده الا ان يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه رواه
الجماعة الا البخاري اي يعتقه بذلك الشرا لانه لا يحتاج العتق الى شي آخر وهذا كما يقال سقاه فارواه
اي بذلك السقي وضربه فاوجعه اي بذلك الضرب وقد اقترنت النية به فوجب القول بجوازه لا عتاق
ان كان موسرا وهذا الضمان لا يجب الا على المعتق ولان الشرا يوجب الملك والملك يوجب العتق
في القريب ومعمول الى الشرا

[illegible]

[illegible]

لكله الى الديني الذي هو علة ولان العتق صلة وللملك تاثير في استحقاق الصلة شرعا حتى يجب
الزكوة باعتبار الملك صلة للفقراء كما للقرابة تاثير في استحقاق الصلة فكانا علة ذات وصفين
ومتى تعلق الحكم بعلة ذات وصفين يضاف الحكم الى آخرهما لان تمام العلة به وآخر الوصفين هنا الملك
فيكون به معتقا ولهذا لو ادعى احد الشريكين نسب نصيبه من العبد المشترك ضمن نصيب شريكه لان القرابة
صارت آخر الوصفين فصار بها معتقا ولا يدخل على هذا شهادة الشاهد الثاني حيث لا يضاف الحكم اليها
وحدها وان تمت الحجة بها بل يجب عليهما ضمان ما اتلفا بشهادتهما عند الرجوع لان الشهادة لا توجب شيئا
بدون القضاء والقضاء يكون بهما جميعا ولا يقال ان العتق مستحق بالقرابة لانا نقول الاستحقاق لا
يثبت قبل كمال العلة ولا معنى لقولهم فيه صرف منفعة الكفارة الى ابيه لانه لما جاز صرفها الى عبده فالاولى
ان يجوز الى ابيه بخلاف غيرها من انواع الواجبات كالاطعام والكسوة والزكوة لانه لا يجوز صرفها الى عبده فكذا
الى ابيه وعلى هذا الخلاف لو وهب له قريبه او تصدق به عليه او اوصى له به فقبل ناويا عن الكفارة بخلاف ما اذا
ورثه حيث لا يجزيه وليس فيه صنع ولا اختيار ولهذا لا يجب عليه الضمان لشريكه به فلا يمكن ان يجعل
معتقا بدون اختياره ومباشرته وانما لا يجوز شراء من حلف بعتقه عن الكفارة اذا نوى بالشراء عن الكفارة
لانه النية لم تقترن بالعلة وهي اليمين ولا يقال المعلق بالشرط كالمنجز عند ذلك الوقت فيكون علة في
ذلك الوقت وقد اقترنت النية به فيه لانا نقول هو كالمنجز في ذلك الوقت حكما لا حقيقة الا ترى ان الاهلية
شرط كالنية وهي تشترط عند العلة وهي اليمين وان الشرى شرط محض لانه لا يضاف اليه الحكم وهو العتق
وانما يضاف الى اليمين السابق لانه هو المؤثر حتى لو اقترنت النية به بان قال ان اشتريتك فانت حر
عن كفارة يميني فاشتراه جاز عن كفارته لاقتران النية بالعلة الا اذا كانت امة قد استولدها بالنكاح
فان عتقها لا يجزي عن الكفارة لاستحقاقها الحرية بجهة اخرى وقال عليه الصلاة والسلام اعتقها ولدها
قال رحمه الله ان تسريت امة فهي حرة صح لو في ملكه يوم حلف عتقت لان اليمين انعقدت
في حقها لانها يتناول المملوك في ذلك الوقت على العموم لكون الامة نكرة في سياق الشرط وهي كالنفي
والا اي وان لم تكن الجارية التي استولدها في ملكه حين حلف لا يصح ومراده انه لا يتناول من ليس كان
في ملكه يوم حلف حتى لو اشترى جارية وتسرى بها لا يعتق وقال زفر تعتق لان التسري لا يصح الا
في الملك فكان ذكره ذكر الملك فكذا هنا ولا يقال هذا اثبات الملك بالاقتضاء وهو لا يدري الاقتضاء
لانه يجوز انه اثبته بدلالة اللفظ او الحذف اذ اثبات ما لم يذكر لا يختص بالاقتضاء بل الظاهر انه من
باب دلالة اللفظ لانه بمجرد ذكر التسري يسبق الملك الى الفهم وفي الاقتضاء لا يلزم الفهم من اللفظ وقد يتحقق
كما في قوله ان اكلت او شربت يفهم منه الطعام وهو مقتضى ولنا ان اليمين بالعتق انما يصح في الملك او
مضافا اليه او الى سببه
ولم يوجد واحد منها
في حقها وهذا لان
التسري عبارة
عن التحصين والمنع
عن الخروج ما وضع
من السيد واحد
الشرى وهو منعه
الا السر وهو الجماع
او الاخفاء او الى
التسرور لان الانسان
يتسرى بها او الى السر
وهو السيد وهو بها
ما غيرت النسبة الى
تغليبه كما قالوا
في النسبة

الى التهذيب والى الارض السهلة بسهلي وقلبت احدى التاءات ياء في تسريت واصله
تسررت كما قلبت احدى النونات ياء في تظنيت واصله تظننت وطلب الولد ليس بشرط في التحصين للتسري
خلافا لابي يوسف حتى لو عزل عنها لا تكون سرية عنده فاذا كانت عبارة عن التحصين وذلك يكون
بملك النكاح كما يكون بملك اليمين فكان من ضرورته ملك المتعة لا ملك الرقبة فلا يصير ذكره ذكر ملك
اليمين كما اذا قال لجارية الغير اذا جامعتك فانت حرة فاشتراها وجامعها لم تعتق
لما قلنا بخلاف الطلاق لانه لا يملك التطليق الا بملك النكاح فيصير ذكره ذكر النكاح ولئن
سلمنا ان ذكر التسري ذكر للملك اليمين لا يلزم منه عتقها لان اشتراط الملك ثبت اقتضاء
ضرورة صحة التسري وهو شرط فيتقدر بقدرها ولا يظهر شيء منها في صحة الجزاء وهو الحرية
لان ما ثبت اقتضاء للضرورة يتقدر بقدرها ولا يظهر فيما وراها وهذا لانه لما جعل التسري
شرطا للعتق يحتاج الى اثبات الشرط وهو التسري ولا يكون التسري الا في الملك فلزم الملك ضرورة
صحة هذا الشرط وهو التسري ولا يكون التسري الا في الملك وانما نزول الجزاء في الشرط متعلق عند ٧٩
لانه يمكن ثبوت الشرط بدون نزول الجزاء فالشرط متعلق عنه الا ترى ان التسري يوجد وان لم تعتق
الامة وفي مسئلة الطلاق ظهر للنكاح في حق الشرط وهو الطلاق الذي علق به العتق ولم
يتعد الى الجزاء وانما يعتق العبد الذي في ملكه لانه صادف التعليق لكونه في ملكه للحال وللانسان
ان يعلق عتق عبده بشرط سيوجد ونظير مسئلتنا ما لو قال لاجنبية ان طلقتك واحدة فانت
طالق ثلاثا فتزوجها فطلقها واحدة لم تطلق ثلاثا لان ذكر الطلاق ذكر للنكاح لصحة الطلاق
الذي هو الشرط ولم يكن له ذكرا للنكاح في صحة الجزاء وهو وقوع الثلاث المعلق بالطلاق الذي هو
الشرط وما قاله زفر لا يصح لانه لو كان كما قاله لما تناول من كان في ملكه يوم
حلف لان تقدير الكلام ان ملكت جارية وتسريت بها فهي حرة فلا يعتق من كان في
ملكه يومئذ اذا تسرى بها ووزان ما استشهد به زفر رحمه الله ان يقول لامة ان تسريت
بك فعبدي حر فاشتراها فتسرى بها عتق عبده الذي كان في ملكه وقت الحلف ولا يعتق من اشتراه
بعده قال كل مملوك لي حر عتق عبيده القن وامهات اولاده ومدبروه لان المطلق ينصرف
الى الكامل وملكه لهم كامل لانه يملكهم رقبة ويدا ولو قال اردت به الرجال دون النساء دين
ديانة لا قضاء لانه نوى التخصيص في اللفظ العام وهذا بخلاف ما لو قال نويت السود دون البيض
او بالعكس حيث لا يصدق ديانة ولا قضاء لانه نوى التخصيص بوصف ليس في اللفظ ولا عموم لما
لم يدخل تحت اللفظ فلا تعمل فيه نية التخصيص ولو قال نويت النساء دون الرجال لم يصدق لان المملوك
حقيقة للذكور دون
الاناث فان الاناث
يقال لهن مملوكة لكن
عند الاختلاط يستعمل
عليهم لفظ التذكير
عادة بطريق التبعية
ولا يستعمل فيهن عند
انفرادهن فتكون
بنيته لفظ الخلاف
ما اذا قال نويت البغال
خاصة حيث يصدق
لانه نوى حقيقة
كلامه لكنه خلاف الظاهر
فلا يصدق قضاء

وكذا لو قال ثويت عتق المدبر لم يصدق قضاء قال لا مكاتبه اي لا يعتق مكاتبه بهذه اللفظات

الملك فيه ناقص لانه خرج من ملك المولى يدا ولهذا لا يملك المولى اكسابه وليس له ان يطاء مكاتبته ويضمن

جنايته عليه وجنايته على الاجنبي وكذا معتق البعض لا يعتق عند ابي حنيفة لانه كالمكاتب عنده فيكون قاصرا

ولا يدخل تحت الاطلاق الا بالنية كالمختلعة لا تدخل تحت قوله كل امراة لي طالق بخلاف المدبر وام الولد لان

الملك فيهما كامل فيدخلان تحت الاطلاق والرق فيهما ناقص لاستحقاقهما الحرية من وجه بخلاف الجواز عن الكفارة

والمكاتب عكسه فان رقه كامل وملكه ناقص فانعكس الحكم كذلك قال هذه طالق او هذه وهذه

طلقت الاخيرة وخير في الاولتين لان كلمة او لاثبات احد المذكورين وقد ادخلها بين الاولتين و

عطف الثالثة على المطلقة منهما لان العطف للمشاركة في الحكم وهو الطلاق فيختص بمحل الحكم وهي المطلقة

فصار كما اذا قال احدكما طالق وهذه قال وكذا العتق والاقرار حتى اذا قال لعبيده هذا

حر او هذا وهذا عتق الاخير وخير في الاولين لما بينا ولو قال في الاقرار لفلان علي الف درهم

او لفلان وفلان كان خمسمائة للاخير وخمسمائة بين الاولين يجعله لايهما شاء لان كلمة او لاحد المذ

كورين على ما بينا فكانه اقر لاحد الاولين وللثالث بالف فيكون للثالث نصفه ولاحدهما نصفه

وذكر في المغني ان النصف للاول والنصف للاخيرين والصواب الاول وعليه الفتوى لان الثالث معطوف

على من له الحق منهما فيكون شريكا له ولو كان معطوفا على ما يليه كما ذكر لكان للمقر به للاول وحده او لل

اخيرين لانه اوجبه لاحد المذكورين لا لكليهما فتنتفي الشركة اذا مات قبل البيان ولو قال والله لا اكلم فلانا

او فلانا وفلانا فان كلم الاول وحده حنث ولا يحنث بكلام احد الاخيرين حتى يكلمهما فجعل الثالث في الكلام

مضموما الى الثاني على التعيين وفيما تقدم جعله مضموما الى من وقع له الحكم والفرق ان او اذا دخلت

بين شيئين تناولت احدهما منكرا الا ان في الطلاق وقع الموضع موضع الاثبات فيختص فتطلق احدا

هما وفي الكلام الموضع موضع النفي فيعم عموم الافراد قال الله تعالى ولا تطع منهم آثما او كفورا فصار

كانه قال لا اكلم فلانا ولا فلانا فينضم الثالث الى ما يليه لانه لما كانت او لعموم الافراد صار كل واحد

منهما كلاما على حدة كان الاول انقطع وشرع في الكلام الثاني والعطف فيه لا ينصرف الى الاول بخلاف

الطلاق وامثاله فان الاتصال فيه بين الكلامين ثابت فيكون الثالث معطوفا على من وجب له الحكم ولان

قوله طالق لا يصلح ان يكون خبرا للمثنى وفي ضم الثالث الى الثاني جعله للمثنى لانه يصير كانه قال

هذه طالق او هاتان طالق فلا يجوز الا اذا قال طالقتان لان المنفرد لا يصلح خبرا للمثنى بخلاف الكلام

فان قوله لا اكلم يصلح للمثنى وللاقل والاكثر وهذا كله اذا لم يذكر للثاني والثالث خبرا بان قال هذه

طالق او هذه وهذه طالقتان بل يخير ان اختار ايجاب الاول عتق الاول وحده وطلقت الاولى وحدها

وان اختارت ايجاب الثاني عتق الاخيران وطلقت الاخيرتان والله اعلم

باب اليمين في البيع والشراء والصوم والصلاة وغيرها

الاصل فيه

الاصل فيه ان كل فعل ترجع حقوقه الى المباشر لم يحنث الحالف ان لا يفعل بمباشرة وكيله لوجود

الفعل من الوكيل حقيقة وحكما وان كانت حقوقه ترجع الى الآمر يحنث بفعل الوكيل كما يحنث بفعل

المباشرة لان الوكيل فيه سفير ومعبر ولهذا لا يضيفه الى الآمر بل الى نفسه وينفذ عليه لو باشره بغير

امره قال رحمه الله ما يحنث بالمباشرة لا بالآمر البيع والشراء والاجارة والاستيجار والصلح عن

مال والقسمة والخصومة وضرب الولد اي الاشياء التي يحنث فيها الحالف بمباشرتها ولا يحنث بالتوكيل

بفعلها هي هذه الاشياء التي عدها من البيع والشراء والاجارة الى آخره وهو القسم الاول من الاصل

الذي ذكرناه وانما لا يحنث الحالف في هذه الاشياء بمباشرة الوكيل لان الفعل وجد من الوكيل حقيقة

وكذا حكما ولهذا رجعت الحقوق اليه حتى لو كان الوكيل حالفا يحنث بمباشرتها فلم يوجد الفعل من

الموكل لا حقيقة ولا حكما فلم يحنث الا اذا نوى ان لا يامر به غيره فحينئذ يحنث بالتوكيل لانه

شدد على نفسه فتصح نيته ويحنث بفعله ايضا لانه تناوله حقيقة فلا يتغير بنيته او يكون مثله لا يباشر

هذه الاشياء كالقاضي والامير فحينئذ يحنث بالآمر لان كل احد يمنع نفسه باليمين عما يعتاده

وعادته الآمر بدون المباشر فيصرف اليه لان اليمين يتقيد بالعرف وبمقصود الحالف ولهذا

يتقيد بمباشرته بنفسه لو كان مثله ممن يباشر هذه الاشياء حتى لا يحنث بالتوكيل لان غرضه بالحلف

التوقي من الحقوق فان كان يباشر تارة ويامر اخرى يعتبر الاغلب قال وما يحنث بهما

النكاح والطلاق والخلع والعتق والكتابة والهبة والصدقة والقرض والاستقراض وضرب العبد

والذبح والبناء والخياطة والايداع والاستيداع والاعارة والاستعارة وقضاء الدين وقبضه و

الكسوة والحمل اي الاشياء التي يحنث فيها بالمباشرة والتوكيل والنكاح والطلاق والخلع الى آخر ما ذكر

حتى لو حلف لا يفعل شيئا من هذه الاشياء يحنث بمباشرته وبمباشرة وكيله خلافا للشافعي في مباشرة

الوكيل لان الفعل وجد من المامور حقيقة ومن الآمر حكما فوجد شرط الحنث من الآمر من وجه

دون وجه فلا يحنث كما في القسم الاول ولنا ان غرض الحالف التوقي عن حكم العقد وحقوق

هذه العقود تنتقل اليه لتحققها فصار مباشرة الوكيل كمباشرته في حق الاحكام والحقوق وصار الوكيل

سفيرا ومعبرا ولهذا لا يستغني عن اضافتها اليه ولو باشرها بغير اذنه لا ينفذ عليه فاذا فعلها بامره

فقد وجد منه شرط الحنث فيحنث وما كان منها حسيا كضرب الغلام والذبح فنفعها منتقل

ايضا الى الآمر حتى لا يجب الضمان على الفاعل فكان منسوبا اليه فيحنث ومنفعة ضرب العبد عايد الى

المولى اذ العبد يجري على موجب امر المولى ويسعى في مصالحه اذا ضرب به فصار كضرب المولى بخلاف

ضرب الولد فان معظم منفعته تحصل للولد لانه يتادب به ويتاضف وينزجر عن القبائح فصار كمن

حلف لا يضرب ولده فامر غيره فضربه حيث لا يحنث بضرب المامور اياه لانه لا يملك ضربه فلا

يصح امره الا ان يكون الآمر ذا سلطان او قاضيا فيحنث لانهما يملكان ضرب الاحرار حدا او تعزيرا

فيملكان الآمر به فيضاف فعل المامور اليهما ولهذا لا يجب على الضارب بامرهما الضمان في الحد و
التعزير ولو قال الحالف في الطلاق والتزوج ونحوهما من الحكميات نويت ان لا اتكلم به وان لا الي بنفسي
صدق ديانة لا قضاء بخلاف ما اذا قال في ذبح الشاة وضرب العبد نويت ان لا الي بنفسي حيث تصدق ديانة
وقضاء والفرق بينهما ان الطلاق ليس الا التكلم بكلام يفضي الى وقوع الطلاق على المراة والامر بذلك
مثل التكلم به واللفظ ينتظمهما فاذا نوى الاول فقد نوى الخصوص في العام فلا يصدق قضاء لانه خلاف
الظاهر اذ الظاهر في العام العموم دون الخصوص والضرب ونحوه فعل حسي يعرف باثره الحسي
في المحل وانما يحصل ذلك في الفعل فكان فيه حقيقة والنسبة الى الآمر بالتسبب مجاز فاذا نوى الفعل
بنفسه فقد نوى حقيقة كلامه فيصدق ديانة وقضاء فضابطه ان كل فعل ترجع حقوقه الى
الآمر او يحتمل نقل حكم فعله الى غيره يحنث الحالف بمباشرة المامور والا فلا ثم انما يحنث بالطلاق
والعتاق اذا وقعا بكلام وجد بعد اليمين واما اذا وقعا بكلام وجد قبل اليمين فلا يحنث حتى لو
قال لامراته ان دخلت الدار فانت طالق ثم حلف ان لا يطلق فدخلت لم يحنث لان وقوع الطلاق
عليها بكلام كان قبل اليمين ولو حلف ان لا يطلق ثم علق الطلاق بالشرط ثم وجد الشرط حنث ولو
علق عليها الطلاق بمضي مدة الايلاء فان كان الايلاء قبل اليمين لا يحنث والا حنث ولو فرق بينهما
بالعنة لا يحنث عند زفر وعن ابي يوسف روايتان وعلى هذا الوجه ان لا يعتق يشترط للحنث وقوع
الطلاق والعتق بكلام وجد بعد اليمين ولو ادى المكاتب فعتق فان كانت الكتابة قبل اليمين لا يحنث
وان كانت بعده يحنث **قال** ودخول اللام على البيع والشراء والاجارة والصياغة والخياطة
والبناء كان بعت لك ثوبا لاختصاص الفعل بالمحلوف عليه بان كان بامره كان ملكه او لا
وعلى الدخول والضرب والاكل والشرب والعين كان بعت ثوبا لك لاختصاصها به بان كان ملكه
امره او لا اي دخول اللام على الفعل كقوله ان بعت لك ثوبا او اشتريت الى آخره كان لاختصاص الفعل
بالشخص المحلوف عليه يعني يشترط ان يكون الفعل وهو البيع ونحوه لاجل المحلوف عليه بان كان بامره
سواء كان الثوب ملكا للمحلوف عليه او لم يكن بعد ان باعه الحالف بامره حتى لو دس المحلوف
عليه ثوبه وباعه الحالف بغير علمه لا يحنث لان حرف اللام لما دخلت على البيع وهو قوله ان بعت لك ثوبا
اي بعت لاجلك ثوبا اقتضت اختصاص البيع به وذلك بان يفعله بامره اذ البيع يجري فيه النيابة
ولم يوجد بخلاف ما اذا قال ان بعت ثوبا لك حيث يحنث اذا باع ثوبا مملوكا له سواء كان بامره او
بغير امره علم بذلك او لم يعلم لان حرف اللام دخلت على العين وهو الثوب لانه اقرب اليها فاقتضته
الاختصاص بالعين وهو المراد بقوله في اخره والعين كان بعت ثوبا لك لاختصاصها به بان كان

اذا كان الفعل مما يملك بالعقد ويجري فيه النيابة كالبيع والشراء ونحوهما وان كان مما لا يملك بالعقد
كدخول الدار وضرب الغلام والاكل والشرب لا يختلف الحكم بينهما اذا دخلت على الفعل او على العين
بل يكون اليمين فيهما لاجل اختصاص العين بالمحلوف عليه حتى لو قال ان دخلت لك دارا او ان
دخلت دارا لك او ان ضربت لك غلاما او غلاما لك ونحو ذلك يحنث كيف ما كان وهو المراد بقوله
وعلى الدخول والاكل والشرب والضرب اي لو دخلت اللام على الدخول والاكل والشرب الى آخره كانت اليمين
لاختصاص العين بالمحلوف عليه فصار كدخولها على العين ولهذا عطف العين على هذه الاشياء وانما كان كذلك
لان اللام للاختصاص واقوى وجوهه الملك فاذا جاورت الفعل اوجبت ملكه دون العين ان كان
ذلك الفعل مما يملك بالعقد كالبيع والشراء وبناء الدار ونحوها وان كان مما لا يملك بالعقد كالاكل
والشرب ودخول الدار ونحوها لا يفيد ملك الفعل لاستحالته ويفيد ملك العين لانه يحتمل كلامه بان
٨٧ يقدر فيه تاخير على خلاف الفصل الاول فان كل واحد منها مما يملك بالعقد فيحتمل الفعل بالقرب
وان جاورت العين توجب ملك العين مطلقا لان الاعيان كلها تملك فلا حاجة الى التعيين وذكر ظهير
الدين ان المراد بالغلام الولد دون العبد لان ضرب العبد يحتمل النيابة والوكالة فصار نظير الاجارة
لا نظير الاكل والشرب والغلام يطلق على الولد قال الله تعالى فبشرناه بغلام وذكر قاضي خان ان المراد به العبد
للعرف ولان الضرب مما لا يملك بالعقد ولا يلزم به فانصرف الى المحل المملوك بالتقديم والتاخير
على ما بينا **قال** فان نوى غيره صدق فيما عليه اي نوى خلاف ما اقتضاه ظاهر كلامه صدق فيما فيه
تشديد على نفسه ديانة وقضاء وفيما فيه تخفيف يصدق ديانة لا قضاء وذلك مثل ان نوى بقوله ان بعت
لك ثوبا بمعنى ان بعت ثوبا لك او بالعكس لانه نوى مما يحتمله كلامه على ما بينا ومن قبل فيصدق **قال**
ان بعته او ابتعته فهو حر فعقد بالخيار حنث اي لو قال المالك ان بعت هذا العبد فهو حر او قال
غيره ان اشتريته فهو حر فباعه بشرط الخيار او اشتراه بشرط الخيار عتق لوجود شرط العتق وهو البيع
او الشراء لقيام الملك عند وجود الشرط لان البيع بشرط الخيار يمنع خروج المبيع عن الملك فكان ملكه قايما
عند الشرط فيحنث وكذا المشتري ملكه قايم عند وجود الشرط اما عندهما فظاهر لان خيار المشتري لا يمنع دخول
المبيع في ملكه واما عند ابي حنيفة فلان المعلق بالشرط كالمنجز عند وجود الشرط فيصير كانه قال بعد الشراء
انت حر فيصير مختارا بذلك لكن مضاء ولذلك بخلاف ما اذا علقه بالملك بان قال ان ملكتك فانت حر
حيث لا يعتق به عنده لان الشرط وهو الملك لم يوجد عنده لان خيار المشتري يمنع دخول المبيع في ملكه على
قوله وعندهما يعتق لوجود الشرط لان خيار المشتري لا يمنع الدخول في ملكه وبهذا يفرق لابي حنيفة رضي الله عنه
بين شراء القريب وبين شراء من علق عتقه بالشراء حيث لا يعتق القريب بالشراء بشرط الخيار ويعتق الآخر

وهو البيع حقيقة ولو كان الخيار للبايع لا يحنث المشتري لان المشتري لم يتمكن بهذا الشراء من شيء فكان

الشراء لم يوجد **قال** وكذا بالفاسد والموقوف اي وكذا يحنث بالفاسد من البيع والشراء وبالموقوف

منهما في يمينه ان لا يبيع او لا يشتري فاما الفاسد منهما فان كان البايع هو الحالف ينتظر فان كان

العبد في يد المشتري مضمونا عليه بمثل عصبه لا يعتق لانه كما يتم البيع يزول عن ملكه كالبيع الصحيح البات و

ينبغي ان يحل اليمين لما قلنا في الصحيح البات وان كان العبد في يد البايع عتق لانه لا يزول ملكه قبل التسليم

ولو كان المشتري هو الذي حلف بعتقه فاشتراه شراء فاسدا فان كان في يده مضمونا على الوجه الذي

ذكرناه يعتق لدخوله في ملكه كما تم البيع والا فلا وفي المحيط عن ابي يوسف لو قال ان اشتريت عبدا فهو

حر فاشتراه عبدا شراء فاسدا فان كان في يده مضمونا على الوجه الذي ذكرناه يعتق لدخوله في

ملكه كما تم البيع والا فلا ثم تفاسخا البيع ثم اشتراه شراء صحيحا لا يعتق لانه حنث بالشراء الفاسد لانه

شراء حقيقة فانحلت اليمين به وارتفعت وهذا دليل على انه لو اشتراه شراء فاسدا والعبد في يد

البايع تنحل اليمين لا الى جزاء لعدم الملك قبل القبض وبالقبض لا يعتق لانه ليس بشراء وعن ابي يوسف انه

لا يحنث بالفاسد ولا بما فيه خيار لاحدهما اصلا لان الفاسد ناقص ذاتا لا يفيد الملك للحال ولا بعد

القبض على الكمال لانه لا يفيد الحل فكان الشرط معدوما من وجه وشرط الخيار يمنع تعلق الاستحقاق با

لعقد فصار كالايجاب بلا قبول وجه الظاهر انه كامل ذاتا لوجود الاهلية والركن والمحل وتخلف

الحكم من الملك والحل لا يضره كالهبة وشبهها اخذه من الرضاع ولا يقال التعليق بالشرط اعدام قبله

فوجب ان لا يحنث كما لا يحنث بتعليق الطلاق في يمينه ان لا يطلق لانا نقول ذاك في الاسقاطات التي

تتعلق بالشرط لا في البيع لان في البيع ذات العقد موجودة واثر الشرط في تاخيره الحكم لا في العقد ولهذا

ينبرم بموت من له الخيار ولو كان معلقا لبطل لما عرف في موضعه من المطولات واما الموقوف

فلانه وجد فيه البيع حقيقة لوجود ركنه وشرطه ومحله وكذا حكما على سبيل التوقف فيحنث وصورة

المسئلة ان يقول ان اشتريت عبدا فهو حر فاشترى عبدا من فضولي حنث بالشراء لان الاجازة

شرط الحكم دون السبب والركن قد وجد قبلهما ولهذا استند الحكم عند الاجازة كالنكاح ونحن نقول

الفرق بينهما ان المقصود من النكاح الحل ولم ينعقد الموقوف لافادته بخلاف البيع فان المقصود منه

الملك دون الحل ولهذا الجامعة الحرمة فيحنث فيه من وقت العقد وفي النكاح من وقت الاجازة وعلى هذا لو

حلف ان لا يبيع فباع ملك الغير بغير اذن صاحبه يحنث لوجود البيع منه حقيقة على ما ذكرنا في الشراء ولهذا

تدخ الحقوق اليه **قال** لا بالباطل اي لا يحنث بالبيع الباطل ولا بالشراء الباطل في يمينه لا يبيع او لا يشتري

لانه ليس ببيع حقيقة ولا حكما حتى لا يفيد شيئا من احكام البيع ولو اتصل به القبض حتى لو قال ان اشتريت اليوم

الى وقت وجوده فيستند السبب فيه الى وقت الاجازة وفي ام الولد والمدبر ينفذ عند القضاء لان المانع

كان مستندا اليه فابطل الايجاب فكان القضاء ابطالا لذلك المبطل والمكاتب كالمدبر في رواية لكن قضاء

القاضي لا يتصور فيه ويتصور فيه رضاه ولو حلف ان يبيع هذا الحر فباعه بر لان البيع الصحيح لا

يتصور فيه فانعقد على الباطل وكذا لو عقد يمينه على الحرة او ام الولد لما ذكرنا وعن ابي يوسف في الحر

وام الولد ينعقد على الصحيح لانه يمكن فيهما بان ترتد ثم تسبا وبلحق بدار الحرب ثم تسبا **قال** رحمه الله

ان لم ابع فكذا فاعتق او دبر حنث اي رجل قال ان لم ابع هذا العبد فامراته طالق او نحو ذلك

ثم اعتقه او دبره حنث وكذا لو كانت امة فاستولدها لتحقق العجز عن البيع لفوات محله ولا يقال لم

يقع الياس لجواز ان ترتد وتلتحق بدار الحرب ثم تسبى ويتملك ان كان المحلوف عليه انثى لانا نقول

الحالف عقد يمينه على البيع باعتبار هذا الملك وذلك لا يمكن بعد هذه التصرفات وقضاء القاضي ببيع

المدبر موهوم والاحكام لا تبنى على الموهومات فيتحقق الياس عن البيع نظرا الى الاصل **قال** رحمه الله

قالت تزوجت علي فقال كل امراة لي طالق طلقت ~~التي حلفته~~ المحلفة يعني اذا قالت المراة لزوجها

تزوجت علي فقال كل امراة لي طالق طلقت التي حلفته وهي المخاطبة وعن ابي يوسف لا تطلق لان كلامه

خرج جوابا لكلامها فتكون مطابقا له ولانه قصد ارضاها بطلاق غيرها فيتقيد به وهو وان زاد

في الجواب لكن الزيادة ليست بلغو وانما تخرج الزيادة في الكلام عن ان يكون جوابا اذا كانت لغوا

وهنا فيها فايدة وهو تطييب قلبها وتسكين نفسها بابلغ الوجوه حتى لا تتوهم ان قوله على غيره التي ظننت

ولنا ان العمل بالعموم واجب ما امكن وقد امكن هنا فيعمل به وهذا لان جوابه كان قال ان تزوجت

فهي طالق فكان بالزيادة مبتديا وجاز ان يكون غرضه ايحاشها والحاق الغيظ بها حين اعترضت

عليه فيما احله الشرع له ومع التردد لا يصلح مقيدا ولو نوى غيرها تصدق ديانة لا قضاء لانه تخصيص

العام وهو خلاف الظاهر ولو قالت له تريد ان تتزوج علي فقال كل امراة اتزوجها فهي طالق دخلت

المخاطبة حتى لو ابانها ثم تزوجها طلقت خلافا لابي يوسف والمعنى ما بيناه **قال** رحمه الله علي المشي

الى بيت الله او الى الكعبة حج او اعتمر ماشيا فان ركب اراق دما والقياس ان لا يلزمه شيء لانه

التزم المشي وهو ليس بقربة مقصودة بل هو وسيلة اليها كالوضوء والسعي والنذر بما ليس

بقربة مقصودة لا يجوز ولا يجب وانما يجوز بقربة مقصودة ولها نظير من الواجبات في الشرع لان ايجاب

العبد معتبر بايجاب الله تعالى فان لم يوجبه الشرع لا يوجبه العبد وجه الاستحسان ان هذه العبارة

صارت كناية عن ايجاب الاحرام عرفا وشرعا اذ الناس يتعارفون التزام الاحرام بهذه العبارة وامر

رسول الله صلى الله عليه وسلم اخت عقبة حين نذرت ان تمشي الى بيت الله تعالى ان تحرم بحجة او عمرة ولا

فرق بين ان يكون الناذر في الكعبة او خارجها

اي رجل قال علي المشي الى بيت الله او الى الكعبة لزمه حجة او عمرة ماشيا فان ركب اراق دما

ان شاء مشى وهو اكمل وفيه ايفاء بما التزمه كما التزمه وقال عليه الصلاة والسلام من حج ماشيا
كتب له بكل خطوة حسنة من حسنات الحرم قيل وما حسنات الحرم قال واحدة بسبع مائة بكل خطوة سبع مائة
حسنة ولان هذا اللفظ وان كان عبارة عن الالتزام لكن فيه نص على المشي والمشي فضيلة فيؤدي تلك
الصفة لفضيلتها بخلاف ما اذا نذر ان يضرب بثوبه حطيم الكعبة فانه عبارة عن التزام التصدق به
بمكة ولا يلزمه ان يضرب به الحطيم لعدم التقرب بالضرب وان شاء ركب وذبح شاة لقوله عليه الصلاة
والسلام فيه لما خلقت ركب ولتذبح دما وكانت نذرت ان تحج ماشية وذكر في النهاية معزيا الى المبسوط
ان من حلف بالمشي الى بيت الله وهو ينوي مسجدا من المساجد سوى المسجد الحرام لم يلزمه شيء لان المنوي
من محتملات كلامه اذ المساجد كلها بيوت الله تعالى على معنى انها محررة عن حقوق العباد فكانت [illegible] لاقامة
طاعة الله تعالى قال بخلاف الخروج او الذهاب الى بيت الله او المشي الى الحرم او الى الصفا والمروة اي
بخلاف ما اذا قال الى بيت الله تعالى او على المشي الى الحرم او الى الصفا او المروة حيث لا يلزمه شيء لان التزام
الحج او العمرة بهذه العبارة غير متعارف واللزوم للعرف ولا يمكن ايجابه باعتبار حقيقة اللفظ فامتنع
اصلا وهذا على الاطلاق قول ابي حنيفة رضه وقالا في قوله على المشي الى الحرم او الى المسجد الحرام عليه حجة
او عمرة لان الحرم والمسجد الحرام شامل للبيت فصار ذكره كذكره بخلاف الصفا والمروة لانهما منفصلان
عنه وجوابه ما ذكرنا ان المعتبر فيه العرف وليس فيه عرف ولا مدخل للقياس فيه ولهذا لا يلزمه
بلفظ الذهاب والخروج وان قال الى بيت الله تعالى قال عبده حر ان لم يحج العام فشهد ان انه نحر
بالكوفة لم يعتق اي لو قال لعبده ان لم احج هذه السنة فانت حر ثم قال حججت وشهد شاهدان
انه ضحى العام بالكوفة لم تقبل الشهادة ولا يعتق وقال محمد رحمه الله يعتق لان هذه الشهادة
قامت على امر معلوم وهو التضحية ومن ضروريته انتفاء الحج فيتحقق الشرط وهو عدم الحج ولهما ان
هذه الشهادة قامت على النفي فلا تقبل كما لو شهدا انه لم يحج وهذا لان الشهادة بالتضحية باطلة
اذ لا مطالب لها وهي لا تدخل تحت الحكم ايضا فبقي النفي مقصودا والشهادة على النفي والشهادة على
النفي مقصودا باطلة فان قيل الشهادة بالنفي انما لا تقبل اذا لم يحط بها علم الشاهد لان من ضرورة
ثبوت التضحية انتفاء الحج فصار نظير شهادتهما على رجل انه قال المسيح بن الله ولم يقل قول النصارى
وهو يقول وصلت به قول النصارى قبلت هذه الشهادة لاحاطة علم الشاهد به وكذا هنا بخلاف شهادتهما
انه لم يحج لانا لا ندري هل شهدا عن علم او بنيا على ظاهر العدم قلنا البينات شرعت للاثبات دون
النفي مقصودا ولا يفرق بين نفي ونفي تيسيرا للامر ودفعا للحرج بخلاف المستشهد به فان ذلك
شهادة على امر محسوس وهو السكوت فان قيل الشهادة على النفي في الشروط مقبولة كما اذا قال لعبده
ان لم تدخل الدار اليوم فانت حر فاقام البينة انه لم يدخل يقبل ذكره [illegible]

عن المفطرات على قصد التقرب وقد وجد لان الشارع في الفعل يسمى فاعلا ثم بالافطار بعد ذلك لا يرتفع الحنث
المتقرر ولان الامساك المستمر تكرار او تكرار الفعل المحلوف عليه ليس بشرط قال وفي صوما او يوما
بيوم اي يحنث في يمينه لا يصوم صوما او يوما بصوم يوم لانه ذكر الصوم مطلقا بذكر المصدر فينصرف الى
الكامل وهو المعتبر المفيد لحكمه شرعا وفي قوله يوما تصريح في تقديره باليوم فلا يحنث فيهما الا بصوم يوم كامل
قال وفي لا يصلي بركعة اي يحنث في قوله في يمينه لا يصلي يحنث بركعة وهو ما اذا قيدها بسجدة ولا يحنث
ما لم يقيدها بها والقياس ان يحنث بالشروع اعتبارا بالصوم وجه الاستحسان ان الصلاة عبارة عن
اركان مختلفة فما لم يات بجميعها لا تسمى صلاة الا ترى انه لا يقال صلى ركعا ولا صلى سجودا وانما يقال صلى
ركعة وهي تشمل الاركان كلها وبعدها تكرار بخلاف الصوم لان الامساك ركن واحد ويتكرر ذلك بعده
ثم الشهيد رضه لم يذكر انه متى يحنث واختلف المشايخ فيه فقال بعضهم يحنث بنفس السجدة وقال بعضهم يحنث برفع
الراس منها قال وفي صلاة بشفع اي لا يحنث الا بشفع في يمينه لا يصلي صلاة لان الصلاة المطلقة تنصرف الى الكامل
وهي الركعتان لنهيه عليه السلام عن البتراء قال رحمه الله ان لبست من غزلك فهو هدي فملكت قطنا فغزلته فلبس
فهو هدي اي لو قال ذلك لامرأته كان الحكم كما ذكره وهذا عند ابي حنيفة وقالا ليس عليه ان يهدي الا اذا
غزلته من قطن كان في ملكه يوم حلف لان النذر لا يصح الا في الملك او مضافا اليه او الى سببه لقوله عليه السلام
لا نذر فيما لا يملك ابن ادم ولم يوجد واحد منها اذ غزل المراة واللبس ليسا من اسباب الملك فصار نظير ما لو
قال ان شريت امة فهي حرة على ما مر ولابي حنيفة ان الغزل سبب للملك ولهذا يملك به الغاصب وغزل
المراة من قطن الزوج سبب لملك الزوج عادة ولهذا لو اشترى قطنا وغزلته ونسجته بغير اذنه كان ملكا له
بحكم العرف لانها لا تغزل له عادة الا كذلك والمعتاد كالمشروط ولو لا ذلك لكان ملكا لها كما لو غزل له الاجنبي فاذا
كان سببا للملك يكون ذكره ذكرا للملك كسائر اسباب الملك ولهذا لو غزلته من قطن كان في ملكه يوم حلف
ونسجته ولبسه يحنث بخلاف مسألة التسري فان التسري ليس بسبب للملك على ما بيناه في موضعه فلم يكن ذكره
ذكرا للملك قال لبس خاتم ذهب او عقد لؤلؤ لبس حلي اما الذهب فلانه لا يستعمل الا للتزيين
فكان لبسه لبس الحلي ولهذا حرم استعماله على الرجال فكان كاملا في معنى التحلي فيدخل تحت مطلق اسم الحلي
حتى لو حلف لا يلبس حليا ولبس خاتم ذهب حنث لما ذكرنا واما عقد اللؤلؤ فالمذكور هنا على الاطلاق قولهما
واما عند ابي حنيفة فليس بحلي الا اذا كان مرصعا حتى لا يحنث في يمينه لا يلبس حليا بلبس غير المرصع منه
وعندهما يحنث لان اللؤلؤ الخالص يدخل تحت اسم الحلي قال الله تعالى وتستخرجون منه حلية تلبسونها وانما يستخرج
من البحر اللؤلؤ الخالص وقال تعالى يحلون فيها من اساور من ذهب ولؤلؤا ولابي حنيفة ان العادة
لم تجر به بالتحلي الا مرصعا بذهب او فضة والعادة هي المعتبرة في الايمان ثم قيل على قياس قوله لا بأس

بلبسه لانه ليس بحلي كامل لان الحلي يستعمل للتزيين فقط وهذا يستعمل له ولغيره ولهذا احل للرجال

ولو كان حليا من كل وجه لما حل واذا لم يكن حليا كاملا لا يدخل تحت مطلق الاسم عرفا ولا شرعا وذكر في النهاية

معزيا الى الفوائد الظهيرية ان خاتم الفضة اذا صيغ على هيئة خاتم النساء فان كان ذا فص يحنث وهو الصحيح

قال لا تجلس على الارض فجلس على بساط او حصير او لا ينام على هذا الفراش فجعل فوقه فراشا آخر فنام

عليه او لا تجلس على سرير فجعل فوقه سرير آخر لا يحنث لان الجالس على الحصير او على البساط لا يعد جالسا

على الارض عادة فانقطعت النسبة الى الارض فلا يحنث بخلاف ما اذا حال بينه وبين الارض ثوبه وهو لابسه حيث

يحنث لانه تبع له فلا يعتبر حائلا الا اذا نزعه وفرشه على الارض وجلس عليه فانه حينئذ يكون كالفراش

وكذا النوم على فراش فوق فراش او الجلوس على سرير فوق سرير لا يعد جالسا ولا نائما على الفراش

الاسفل ولا على السرير الاسفل وذكر في الكافي معزيا الى المختلف ان عند ابي يوسف يحنث في الفراش فوق

الفراش لانه نائم عليهما عرفا يقال نايم على فراشين مضاعفة كمن حلف لا يكلم فلانا فسلم على جمع هو

فيهم وقوله لا تجلس على سرير ليس على ظاهره لانه لو كان السرير المحلوف عليه نكرة كما ذكره يحنث بالجلوس

على السرير الاعلى لان اللفظ المنكر يتناوله وانما لا يحنث اذا كان السرير المحلوف عليه معينا بان

قال ولو جعل على الفراش قرام

حلف لا يجلس على هذا السرير فجعل فوقه سرير آخر فجلس عليه لانه غيره

او على السرير بساط او حصير حنث لانه يعد جالسا ونائما على الفراش والسرير عادة وعلى هذا لو حلف

لا ينام على هذا السطح او الدكان او لا يجلس فبسط عليه فراشا او حصيرا فنام عليه او جلس حنث لانه يعد

جالسا ونائما عليهما والنوم او الجلوس عليهما هكذا يكون عادة الا ترى انه لو حلف لا يركب هذا الفرس

فوضع عليه سرجا فركبه حنث بخلاف الفراش على الفراش او السرير على السرير لان الاعلى مثل الاسفل

فلا يكون تبعا له وبخلاف ما اذا حلف ان لا يجلس على الارض حيث لا يحنث بالجلوس على الفراش والفارق

العرف **باب اليمين في الضرب والقتل** وغير ذلك والاصل فيه ان ما يشترك الميت فيه الحي يقع

قال رحمه الله ضربتك وكسوتك و

اليمين فيه على حالة الحياة والموت وما اختص بحالة الحياة يتقيد بها

كلمتك ودخلت عليك تقيد بالحياة اي لو قال ان ضربتك او كسوتك او كلمتك او دخلت عليك فعبدي

حر تقيد بحياة المخاطب حتى لو فعل به هذه الاشياء بعد موت المخاطب لم يحنث لان هذه الاشياء لا تتحقق

في الميت وهذا لان الضرب اسم لفعل مؤلم متصل بالبدن وبعد الموت لا يتصور ذلك ومن يعذب في القبر توضع فيه

الحياة في الصحيح وان اختلفوا في كيفية تلك الحياة ولا يرد علينا ان ايوب عليه السلام امر ان يضرب امراته بالضغث

وهو غير مؤلم لانه حزمة صغيرة من حشيش او ريحان وانه جاز ان يكون مخصوصا به ايلاما وتخفيفا عليها وقيل الضغث قبضة

من اغصان الشجر فعلى هذا الاشكال فيه والكسوة يراد به التمليك عند الاطلاق ومنه الكسوة في الكفارة

ما وعد ربكم حقا فلولا انه فيه حياة متحققة لما قال لهم ذلك لانا نقول ردت عايشة هذا الحديث

وقالت قال الله تعالى انك لا تسمع الموتى وما انت بمسمع من في القبور فلم يثبت ولان ثبت فهو مختص بالنبي

عليه السلام ويجوز ان يكون ذلك لوعظ الاحياء ونظيره ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم وعن علي رضي الله عنه كان اذا اتى المقابر

قال عليه الصلاة والسلام السلام عليكم ديار قوم مؤمنين اما نساءكم فقد نكحت واموالكم قد قسمت ودوركم قد

سكنت فهذا خبركم عندنا فما خبر ما عندكم وكان يقول سل الارض من شق انهارك وغرس اشجارك وجنى

ثمارك فان لم تجبك حوارا اجابتك اعتبارا او كان على ذلك على سبيل الوعظ للاحياء لا على سبيل الخطاب للموتى وللجمادات

والقصد من الدخول الكرامه بتعظيمه او اهانته بتحقيره او زيارته ولهذا الولم يقصد بالدخول بان دخل على غيره او لحاجة

اخرى او دخل عليه في موضع لا يجلس فيه للزيارة كالمسجد والظلة والدهليز لا يكون دخولا عليه الا اذا

اعتاد الجلوس فيه للزيارة ولا يتحقق الكل بعد الموت لانه لا يزار هو وانما يزار قبره قال عليه السلام كنت نهيتكم عن

زيارة القبور فزوروها **قال** بخلاف الغسل والحمل والمس اي بخلاف ما اذا حلف لا يغسل فلانا او لا

يحمله او لا يمسه حيث يحنث اذا فعل به ذلك بعد موته لان هذه الاشياء تتحقق في الميت كما تتحقق في الحي

وهذا لان الغسل هو الاسالة والمقصود منه التطهير والميت يطهر بالغسل الا ترى انه اذا حمله

رجل قبل الغسل وصلى لا يجوز وبعده يجوز وكذا لو صلى عليه قبل الغسل لا يجوز فلا ينافيه الموت وكيف ينافيه

وغسله واجب على الاحياء والحمل يتحقق بعد الموت قال عليه الصلاة والسلام من حمل ميتا فليتوضأ والمس

للتعظيم او الشفقة يتحقق بعد الموت **قال** رحمه الله لا يضرب امراته فمد شعرها او خنقها

او عضها حنث اي لو حلف لا يضربها ففعل بها هذه الاشياء حنث لان الضرب اسم لفعل مؤلم وقد

تحقق وقيل هذا اذا كانت هذه الاشياء في حالة الغضب وان كان في الملاعبة لا يحنث لانه يسمى ممازحة لا

ضربا عادة وقيل اذا كانت يمينه بالفارسية لا يحنث بهذه الاشياء **قال** وان لم اقتل فلانا فكذا

وهو ميت ان علم به حنث اي اذا قال فعبدي حر ان لم اقتل فلانا او امراته طالق وفلان ميت فان

كان الحالف عالما بموته حين حلف حنث للحال لان يمينه ينعقد لتصور البر فيه لان الله تعالى

قادر على اعادة الحياة فيه اذ الروح لا تموت فيمكن قتله ثم يحنث للحال للعجز عادة كمسئلة صعود السماء

قال والا لا اي ان لم يعلم بموته وقت الحلف لا يحنث لانه عقد يمينه على حياة كانت فيه وذلك لا يتصور

فيصير نظير مسئلة الكوز اذا لم يكن فيه ماء وهذا قولهما وعند ابي يوسف يحنث لان التصور ليس

بشرط عنده لانعقاد اليمين كما بيناه في مسئلة الكوز الا انه لا فرق فيها بين العلم وعدمه في الصحيح خلافا

لما يقوله مشايخ العراق لانه عقد يمينه على شرب ماء مفقود في الكوز فالله تعالى وان احدث فيه ماء فليس هو

ذلك الكاس الذي كان فيه وقت الحلف بخلاف مسئلة القتل اذا كان يعلم بموت فلان لانه عقد يمينه على فعل القتل في

الشهر قريب يعد قريبا عادة والشهر وما فوقه يعد بعيدا عادة حتى لو حلف ليقضين دينه الى قريب
فهو مادون الشهر وان قال الى بعيد فهو الشهر فما فوقه **قال** رحمه الله ليقضين دينه اليوم فقضاه
نبهرجة او زيوفا او مستحقة بر اي لو حلف ليقضين دين فلان اليوم فقضاه فوجدها زيوفا او نبهر
جة او مستحقة بر في يمينه لان الزيوف دراهم حقيقة غير ان فيها عيبا والعيب لا يعدم الجنسية ولهذا لو تجوز
بها صار مستوفيا وكذا لو تجوز بها في راس مال السلم وبدل الصرف تجوز ولولا انه حقه لما جاز لانه يصير
استبدالا به وهو لا يجوز فيهما فاذا كان المقبوض من حقه بر في يمينه فلا ينتقض البر المتحقق بانتقاض قضاء الدين
لان شرط البر لا يحتمل الانتقاض وقبض المستحق صحيح حتى لو اجازه المستحق في الصرف والسلم بعد الافتراق
جاز فقد وجد فيه شرط البر فان قيل ما الفرق بين القضاء والبر حيث قد لم ينتقض قضاء الدين بالرد
او بالاستحقاق ولا ينتقض البر قلنا لو لم ينتقض القبض لتضرر صاحب الدين ببطلان حقه لانه لا يمكنه
استيفاء الجودة وحدها ولا استيفاء الجيد مع بقاء الاستيفاء الاول فتعين النقض ضرورة ليتمكن من
اخذ حقه ولا حاجة الى نقضه في حق البر **قال** رحمه الله ولو رصاصا او ستوقة لا اي لو وجدها رصاصا
او ستوقة لا يبر في يمينه لانهما ليسا من جنس الدراهم ولهذا لو تجوز بهما لم يجز الا برضا الاخر بطريق
الاستبدال ولو تجوز بهما في الصرف والسلم لا يجوز لحرمة الاستبدال وهذا لان الستوقة هي التي
غلب عليها النحاس فصار حكمها حكم النحاس والزيوف هو الردي من الدراهم ترده بيت المال والنبهرجة
اردى منه ترده التجار ايضا وان كان الاكثر فضة والاقل ستوقة لا يحنث وبالعكس يحنث
لان العبرة للغالب **قال** والبيع به قضاء اي البيع بالدين قضاء للدين حتى يبر في يمينه ليقضين
دينه لان قضاء الدين طريقه المقاصة وقد تحققت بمجرد البيع هنا فتقع المقاصة به فيبر في يمينه
واشتراط قبض المبيع في الجامع الصغير وقع اتفاقا لانه شرط للبر ولا يقال شرط القبض ليتقرر الثمن
لانه بعرضية السقوط بهلاك المبيع قبل القبض لانا نقول البر المتحقق لا يرتفع ببطلان اليمين و
انتقاض المقاصة وعود الدين على ما كان لما بينا فيما تقدم في البيع ولو كان البيع فاسدا يشترط قبض
المبيع لو وقع المقاصة وبر في يمينه وكذا لو تزوج الطالب امة المطلوب على ذلك المال فدخل عليها او وجب
عليه للمطلوب دين بالجناية او بالاستهلاك لا يحنث ولو كان الحالف هو الطالب فالحكم كذلك في جميع ما ذكرنا
قال لا الهبة اي هبة الدين ممن عليه الدين لا يكون قضاء للدين لان القضاء فعل المطلوب والهبة
اسقاط للدين من الطالب فلا تتحقق المقاصة فيبطل اليمين اذا كانت موقتة فابراه قبل الوقت لان القضاء لا
يتصور بعد الابراء فصار نظير من حلف ليشربن الماء الذي في هذا الكوز اليوم وفيه ماء فصب قبل الليل او اريق
قبل الليل على ما بينا من قبل شقيهما وفيه خلاف ابي يوسف بناء على ان تصور البر وقت وجوبه شرط عندهما لانعقاد
اليمين وعنده ليس شرطا
وتظهر ثمرة هذا الا في مسائل منها
ماذا حلف ليقضين دينه غدا فقضاه اليوم
او حلف ليقتلن فلانا هذا فمات اليوم او حلف
لياكلن هذا الرغيف غدا فاكله اليوم ومنها ما اذا قال ان رايت
فلانا ولم اعلمك به فعبده حر فرآه معه فلم يقل شيئا لم يعتق العبد
عندهما ولم يحنث في الكل وعند ابي يوسف

[illegible] ينتقض بالرد لانه اذا نقض الدين [illegible] قبض الا ان وصف في الدين
والقبض [illegible] فكان على القابض [illegible]
بعدم الكل [illegible] القاضي [illegible] البيع
القبض [illegible] الاول وهذا [illegible]

يعتق ويحنث في الجميع ومن جملة فروعها ما اذا قال رجل لامرأته ان لم تهبيني اليوم صداقك فانت
طالق وقال ابوها ان وهبت صداقك فامك طالق فالحيلة في هذا حتى لا يحنثا ان تشتري بصداقها
ثوبا ملفوفا فاذا مضى اليوم لم يحنث واحد منهما اما الاب فلانها ما وهبت الصداق للزوج واما الزوج
فلانها عجزت عن الهبة في اخر النهار لان الصداق سقط عن الزوج ذكره في النهاية في اواخر باب
اليمين في الاكل والشرب **قال** لا يقبض دينه درهما دون درهم فقبض بعضه لا يحنث حتى يقبض
كله متفرقا لان شرط حنثه قبض الكل بوصف التفرق لانه اضاف القبض الى دين معرف بالاضا
فة اليه فيتناوله كله فما دام عند المديون شيء من دينه باقيا لم يحنث لعدم قبض الكل وهو الشرط
ولو كانت مقيدة باليوم بان قال لا يقبض دينه درهما دون درهم اليوم فقبض البعض في
اليوم متفرقا او لم يقبض منه شيئا لم يحنث لان شرط الحنث اخذ الكل في اليوم متفرقا ولم يوجد
ولو قال ان قبضت من ديني درهما دون درهم حنث وكذا لو قال ان اخذت منه درهما
دون درهم والفرق ان بينه وبين الاول شرط الحنث هنا قبض البعض من الدين متفرقا
وفي الاول قبض الكل بصفة التفرق ولو قبض الكل جملة ثم وجد بعضها ستوقة فرده
لم يحنث بالرد ما لم يستبدل لان الستوقة غير معتد بها فلم يوجد قبض الكل حتى يقبض البدل
فاذا قبضه وجد قبض الكل متفرقا بخلاف ما اذا وجد بعضها زيوفا حيث لا يحنث مطلقا لانه
بر حين وجد قبض الكل وبالرد لم ينتقض القبض في حق البر على ما مر **قال** لا بتفريق ضروري
اي لا يحنث اذا قبضه متفرقا بتفريق ضروري وهو ان يقبضه في وزنين او اكثر ولم يتشاغل
من الوزنات بعمل غير الوزن لانه قد يتعذر قبض الكل دفعة واحدة فيصير هذا القدر مستثنى عنها
ولان هذا القدر من التفريق لا يسمى تفريقا عادة والعادة هي المعتبرة وفيه خلاف زفر وهذا
نظير الاختلاف فيمن حلف لا يلبس هذا الثوب او لا يركب هذه الدابة فنزعه للحال او نزل عنها
للحال وقد بيناه في الحج من قبل **قال** ان كان لي الا مائة او غير مائة فكذا لم يحنث بملكها او بعضها
اي لو قال ان كان لي الا مائة درهم او غير مائة ~~فكذا لم يحنث~~ درهم او سوى مائة درهم فامراته طالق
لم تطلق امراته اذا كان له مائة او دونها لان غرضه نفي ما زاد على المائة فكان شرط حنثه ملك الزيادة
على المائة ولانه لما استثنى المائة صار المستثنى بجميع اجزائه خارجا عن اليمين وقال في الجامع عنده حتى
ان كنت املك الا خمسين درهما فلم يملك الا عشرة لم يحنث لانها بعض المستثنى ولو ملك زيادة على خمسين
من جنس مال الزكوة حنث والا فلا الا ترى انه لو حلف انه ليس له مال لا يحنث بملك ما ليس للتجارة
ولو قال مالي صدقة ينصرف الى مال الزكوة **قال** لا يفعل كذا تركه ابدا لانه نفي الفعل مطلقا
فيتناول فردا شايعا
بل فيعم الجنس كله
ضرورة شموله والا
لما كان شايعا في الجنس
بل هو البعض المنفي
قال ليفعلنه
بر بفعله مرة اي لو حلف
ليفعلن كذا بر بفعله
يفعله مرة لانه
يتناول فعلا واحدا
وهو نكرة في موضع الاثبات
فيخص ولو
اذا لم يفعله في عمره

في آخر جزء من اجزاء حياته او بفوت محل الفعل هذا اذا كانت مطلقة غير موقتة وان كانت موقتة
بوقت ولم يفعل فيه يحنث بمضي الوقت ان كان الامكان باقيا في آخر الوقت ولا يحنث ان لم يبق بان وقع
الياس بموته او بفوت المحل لانه في الموقتة لا يجب عليه الفعل الا في آخر الوقت ولا يحنث ان لم يبق فاذا مات
الفاعل او فات المحل استحال البر في آخر الوقت فيبطل اليمين على ما ذكرنا في مسئلة الكوز وبناء في فيه خلاف
ابي يوسف في فوت المحل **قال** ولو حلفه وال ليعلمنه بكل داعر دخل البلد تقيد بقيام ولايته لان المقصود
منه دفع شره وشر غيره بالضرب والحبس او القتل فلا يفيد فائدة بعد زوال سلطنته لعدم قدرته
على ذلك والزوال بالموت وكذا بالعزل في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف انه يجب عليه الرفع اليه بعد
العزل لانه يفيد لاحتمال ان يتولى بعده فيعاقبه او يشفع في اذيته عند اولي الامر وقوله ليعلمنه
بكل داعر ليس كظاهره لانه لا يمكنه ان يعلمه بكل داعر في الدنيا وانما مراده كل داعر يعرفه او
في بلده او دخل البلد ثم ان الحالف لو علم الداعر او لم يعلمه لم يحنث الا اذا مات هو او المستحلف او عزل
لانه يحنث في اليمين المطلقة بمجرد الترك بل باليأس عن الفعل وذلك بما ذكرنا الا اذا كانت موقتة
فيحنث بمضي الوقت مع الامكان والا فلا لما بينا من المعنى وعلى هذا لو حلف رب الدين غريمه او الكفيل
بامر المكفول عنه ان لا يخرج من البلد الا باذنه يتقيد الخروج بحال قيام الدين والكفالة لان الاذن انتهى
انما يصح ممن له ولاية المنع وولاية المنع حال قيامه وعلى هذا لو حلف لا تخرج امرأته الا باذنه يتقيد
بحال الزوجية بخلاف ما اذا قال ان خرجت امرأته من هذه الدار فعبده حر ولم يقيده بالاذن
او حلف لا يقبلها فخرجت بعد ما ابانها او قبلها بعد ما ابانها حيث يحنث لانه لم يوجد فيه دلالة
التقييد بحال قيام الزوجية **قال** بر بالهبة بلا قبول بخلاف البيع اي لو حلف ان يهب
عبده مثلا يبر بقوله لرجل وهبته لك وان لم يقبل الموهوب له بخلاف البيع فانه لو حلف انه يبيع
فباع ولم يقبل المشتري لا يعتد به ولا يبر في يمينه لان الهبة تمليك بلا عوض فيتم بالواهب
والقبول شرط لثبوت الحكم وهو الملك وشرط الحنث الهبة لا حكمها ولهذا يقال وهب ولم يقبل ولان
غرضه حمل نفسه على اظهار السماحة والجود وهي تمليك من جانب واحد وكل ذلك تحصل بنفس الهبة بخلاف
البيع لانه تمليك من الجانبين فلا يتم الا بهما وقال زفر لا يحنث ما لم يقبل وفي رواية عنه ما لم يقبل و
يقبض لان الهبة تمليك والتمليك لا يتم بلا تملك وهو القبول ولان المطلق ينصرف الى الكامل و
كمالها بالقبول او القبول والقبض وجوابه ما قلنا واختلفوا في ثبوت الملك بها فقال بعضهم يثبت
قبل القبول الا انه يرتد بالرد دفعا للضرر والمنة وقال بعضهم لا يثبت لانه لو ثبت لما امكنه دفعه في
بعض الصور بان كان الموهوب عبدا ذا رحم محرم من الموهوب له لانه يعتق عليه كما ملكه ولانه لا ولاية
له على غيره فيه يدخل
في ملكه ونظير الهبة
الصدقة والعارية
والوصية والاقرار
والقرض روايتان عن ابي
حنيفة ونظير البيع الاجارة
والصرف والسلم والرهن
والنكاح والخلع
فاسد من البيع والهبة
قال لا يشم ريحانا
لا يحنث بشم ورد
او ياسمين اي لو حلف
لا يشم ريحانا فشم
وردا

او ياسمينا

او ياسمينا لا يحنث لان للريحان اسم لنبات لا ساق له وله رائحة مستلذة عرفا ولهما ساق وليس
لهما رائحة مستلذة وانما الرائحة الطيبة لزهرتهما لا لهما فاشبها التفاح والسفرجل الا ترى
الى قوله تعالى والحب ذو العصف والريحان بعد ما ذكر الشجر بقوله والنجم والشجر يسجدان اسم لما
يقوم على الساق من النبات فدل على انه غيره وقال في الكافي الريحان اسم لما له رائحة طيبة ولا
ساق له لغة وعرفا وذكر في المبسوط انه يحنث بشم الآس وما اشبهه من الرياحين **قال رحمه الله**
والبنفسج والورد على الورق اي اسم البنفسج والورد يقع على الورق حتى لو حلف لا يشتري بنفسجا
او وردا فاشترى ورقهما يحنث ولو اشترى دهنهما لا يحنث لانهما يقعان على الورق دون
الدهن في عرفنا هكذا ذكره في الكافي وفي المبسوط لو اشترى ورق البنفسج لا يحنث ولو اشترى
دهنه يحنث لان اسم البنفسج اذا اطلق يراد به الدهن ويسمى بايعه بايع البنفسج فيصير هو
بشرائه مشتريا للبنفسج ايضا وهو رواية الجامع الصغير وذكر الكرخي في مختصره انه لو اشترى
الورق يحنث ايضا وهذا شيء يبتنى على العرف وفي عرف اهل الكوفة بايع الورق لا يسمى بايع
البنفسج وانما يسمى به بايع الدهن فبني الجواب في الكتاب على ذلك ثم شاهد الكرخي عرف اهل بغداد
انهم يسمون بايع الورق بايع البنفسج ايضا فقال يحنث به وقال هكذا في ديارنا اعني في المبسوط
ولا يقال في احدهما حقيقة وفي الآخر مجاز بل فيهما حقيقة او يحنث فيهما باعتبار عموم المجاز
والياسمين قياس الورد لا يتناول الدهن لان دهنه يسمى زيتا لا ياسمينا وكذا الحناء يتناول
الورق هذا اذا لم يكن له نية وقال في الكافي الحناء في عرفنا يقع على المدقوق **قال رحمه الله**
حلف لا يتزوج فزوجه فضولي واجاز بالقول حنث لان الاجازة اللاحقة كالوكالة
السابقة في الابتداء ولهذا يثبت للفضولي حكم الوكيل وللمجيز حكم الموكل **قال رحمه الله**
وبالفعل لا اي لو اجاز بالفعل لا يحنث وقيل يحنث كما ان الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة
وعن محمد رحمه الله انه لا يحنث بهما لان الاجازة ليست بانشاء العقد حقيقة وانما تنفيذ بالرضا
لحكم العقد وبه كان يفتي بعض المشايخ والمختار الاول لان المحلوف عليه هو التزوج وهو عبارة
عن العقد والعقد يختص بالقول ولا يكون بالفعل وانما ينفذ عليه بعض الافعال كالوطء وايفاء
المهر ونحو ذلك لدلالته على الرضا بالعقد لا لانه عقد ولان القول يجانس العقد فامكن الحاقه
به بخلاف الفعل وبخلاف ما اذا تزوجه ثم حلف حيث لا يحنث بالاجازة لانها تستند الى وقت العقد وفيه
لا يحنث بمباشرته فبالاجازة اولى ولو حلف لا يزوج عبده او امته يحنث بالتوكيل والاجازة لان ذلك
مضاف اليه متوقف على اذنه لملكه وولايته وكذا الحكم في ابنه وبنته الصغيرين لولايته عليهما ولو كانا كبيرين
لا يحنث الا بالمباشرة
لعدم ولايته عليهما بل هو
كالاجنبي عنهما فيتعلق
بحقيقة الفعل وهو
مباشرة العقد ولو كان
الحالف هو العبد او الابن
تزوجه مولاه وهو كاره
او ابوه وهو مجنون جبرا
لا يحنث لانه به بخلاف الملك
لوجود الفعل منه حقيقة
دونهما **قال رحمه الله**
ودار بالملك والاجارة

اي لو حلف لا يدخل دار فلان تحنث بدخول ما يسكنه بالملك والاجارة وقال الشافعي رضي الله عنه لا يحنث
الا بالملك لان الحقيقة وهي الملك مرادة فلا يبقى المجاز مرادا لاستحالة اجتماعهما مرادين بلفظ
واحد ولنا ان المراد به المسكن عرفا فيدخل ما يسكنه باي سبب كان باجارة او اعارة او ملك
باعتبار عموم المجاز ومعناه ان يكون محل الحقيقة فردا من افراد المجاز لا باعتبار الجمع بين الحقيقة
والمجاز قال حلف بانه لا مال له وله دين على مفلس او ملي لا يحنث لان الدين ليس بمال
وانما هو وصف في الذمة لا يتصور قبضه حقيقة ولهذا قيل الديون تقضى بامثالها على معنى مضمون
ان المقبوض على القابض لانه قبضه لنفسه على وجه التملك ولرب الدين على المديون مثله فالتقى
الدينان قصاصا فصار غيره حقيقة وشرعا اما الحقيقة فظاهر واما الشرع فلانه لا حاجة الى اسقاط
اعتباره لان التصرف في الثمن قبل القبض جائز التقاء

كتاب الحدود

الحد في اللغة
المنع ومنه سمي [illegible] حدادا لانه يمنع الناس عن الدخول وسمي اللفظ الجامع المانع حدا لانه يجمع معنى الشيء
ويمنع دخول غيره فيه وسميت العقوبات الخالصة حدودا لانها موانع من ارتكاب اسبابها معاودة
وحدود الله محارمه لانها ممنوع عنها ومنه تلك حدود الله فلا تقربوها وحدود
الله ايضا احكامه لانها تمنع عن التخطي الى ما وراءها ومنه تلك حدود الله فلا تعتدوها وفي الشرع
اسم لعقوبة مقدرة تجب حقا لله تعالى فلا يسمى التعزير حدا لعدم التقدير ولا القصاص لانه حق
العبد وحكمه الاصلي الانزجار عما يتضرر به العباد وصيانة دار الاسلام عن الفساد ولهذا كان
حقا لله تعالى لانه شرع لمصلحة تعود الى كافة الناس والطهرة من الذنب ليست بحكم اصلي لاقامة
الحد لانها تحصل بالتوبة لا باقامة الحد الا ترى الى قوله تعالى في حد قطاع الطريق ذلك لهم خزي في الدنيا
ولهم في الآخرة عذاب عظيم الا الذين تابوا من قبل ان تقدروا عليهم الاية وعد المغفرة للتائب
ولهذا يقام الحد على الكافر ولا طهرة له قال رحمه الله الحد عقوبة مقدرة لله تعالى وهذا في
الشرع وقد بيناه قال والزنا وطئ في قبل خال عن ملك وشبهة يعني به الزنا الموجب
للحد ويشترط ان تكون الموطوءة مشتهاة والواطئ مكلفا طائعا ولو قال الزنا وطئ مكلف
في قبل المشتهاة عار عن ملك وشبهة عن طوع لكان اتم ليخرج بذلك فعل وطئ المكلف كالمجنون
ووطئ غير المشتهاة كالصغيرة التي لم تبلغ حد المشتهاة على الاطلاق عند التعري عن الملك وشبهة الملك
ولهذا وجب درؤه شرعا والحد شرع الفساد فيما يكثر وجوده ووطئ هذه الاشياء نادر لان
من له الطباع السليمة والعقول المستقيمة تنفر عنه وانما يفعل ذلك بعض السفهاء لغلبة
الشبق وذلك نادر فلا يستدعي زاجرا وهذا لان الاصل في الجزاء ان يكون في الآخرة لا في
الدنيا لا لافساد دار الابتلاء والآخرة دار
الجزاء لكن السفهاء لما لم ينتفعوا بمجرد النهي
والوعيد والاخبار من الشارع شرع في الدنيا
بعض العقوبة للدفع فسادهم عن العالم فيما
يكثر وجوده قال رحمه الله
ويثبت بشهادة اربعة بالزنا

لا بالوطء والجماع اي يثبت الزنا عند الحاكم ظاهرا بشهادة اربعة يشهدون عليه بالزنا اي بلفظ
الزنا لا بلفظ الوطء والجماع لان الوصول الى العلم القطعي متعذر فاكتفي بالدليل الظاهر وهو البينة
او الاقرار لترجح جنبة الصدق لا سيما الاقرار فيما يتعلق به ضرر على المقر واشتراط الاربعة
لقوله تعالى واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن اربعة منكم وقال تعالى والذين يرمون
المحصنات ثم لم يأتوا باربعة شهداء وقال عليه الصلاة والسلام للذي قذف امرأته ائت باربعة شهداء
يشهدون على صدق مقالتك ولان الله تعالى يحب الستر على عباده وذم من احب اشاعة الفاحشة وفي اشتراط الا
ربع تحقيق معنى الستر اذ وقوف الاربعة على الفاحشة نادر واشتراط لفظ الزنا لانه هو الدال على فعل الحرام ٨٧
لا لفظ الوطء والجماع قال الله تعالى ولا تقربوا الزنا الاية واتحاد المجلس شرط لصحة الشهادة به عندنا حتى لو
شهدوا متفرقين لا تقبل شهادتهم عندنا ويحدون حد القذف وقال الشافعي تقبل كسائر الحقوق اذ
لا تفصيل في النصوص الواردة فيه فيعمل باطلاقها ولنا قول عمر رضي الله عنه لو جاءوا مثل ربيعة ومضر
فرادى لجلدتهم ولان قول الواحد قبل قول غيره وقع قذفا وكذا الثاني والثالث ولا تقبل شهادة
الا للضرورة وهو ما اذا جاءوا جملة فشهد واحد واحد بعد واحد فتقبل شهادتهم لتعذر ادائها جملة
وان كان احدهم الزوج تقبل شهادته وقال الشافعي لا تقبل لان فيه تهمة ولنا انه يتضرر به
لانه يتعير بزنا امرأته فكان ابعد من التهمة كشهادة الوالد على ولده قال فيسألهم الامام
عن ماهيته وكيفيته ومكانه وزمانه والمزنية اي يسألهم الامام عن نفس الزنا وحاله وموضعه
ووقته والمرأة التي زنا بها لانه عليه الصلاة والسلام استفسر ماعزا الى ان ذكر الكاف والنون
لان كلامهم محتمل والاحتياط فيه واجب فيجب عليه الاستفسار ليزول الاحتمال فيسألهم عن ماهيته
اي ذاته وهو ادخال الفرج في الفرج لانهم ربما عنوا به غير الفعل في الفرج كما قال صلى الله عليه وسلم
العينان تزنيان وزناهما النظر واليدان تزنيان وزناهما البطش والرجلان تزنيان وزناهما المشي
ولان من الناس من يعتقد كل وطئ حرام زنا يوجب الحد وعن كيفيته لاحتمال وقوعه حالة الاكراه او
تماس الفرجين من غير ايلاج الحشفة وعن زمانه ومكانه لاحتمال انه زنا في دار الحرب او البغي او في تقادم
الزمان او في حال صباه او جنونه وعن المزني بها لاحتمال ان تكون امرأته او امته او يكون له شبهة لا
يعرفها هو ولا الشهود كوطئ جارية الابن فيستقصى في ذلك احتيالا للدرء وهو مندوب اليه قال عليه
الصلاة والسلام ادرءوا الحدود ما استطعتم قال فان بينوه وقالوا رأيناه وطئها كالميل في المكحلة
وعدلوا سرا وجهرا حكم به لظهور الحق ووجوب الحكم به على القاضي ولو قالوا انه لا تزيد على قولهم
زنا لا يحد المشهود عليه للشبهة وكذا الشهود ايضا لا يحدون لانهم شهدوا بالزنا ولم يقذفوا وانما
نفي احتياط
مثلا لان اخذ الكفيل
ولا وجه الى اخذ الكفيل
الشهود كيلا يهرب
سأله القاضي عن
للدرء ويحبسه
الحقوق احتيالا
العدالة بخلاف سائر
بكشفها ظاهر
ويكتفى بالحدود ولا
مع لو وقفوا بغير
سما لون احتياطا

فلا يكون مشروعا فيما ينبني على الدرء فان قيل الاحتياط في الحبس اكثر فكيف يكون مشروعا قلنا
حبسه ليس بطريق الاحتياط بل بطريق التعذيب لانه صار متهما بارتكاب الفاحشة فيحبسه تعزيرا له
وحبس عليه الصلاة والسلام رجلا بالتهمة بخلاف المديون حيث لا يحبس فيها قبل ظهور العدالة لان الحبس
اقصى عقوبة فيها الا ترى انه لا يعاقبه بعد ثبوت الحق الا به فلا يجوز ان يفعله قبل الثبوت بخلاف الحدود
فان فيها عقوبة اخرى قال رحمه الله وباقراره اربعا في مجالسه الاربعة كلما اقر رده القاضي
اي يثبت الزنا باقراره اربع مرات في اربعة مجالس من مجالس المقر كلما اقر رده القاضي وقال
الشافعي يكتفى بالاقرار مرة لان الاقرار مظهر وتكراره لا يزيده شيئا كما في سائر الحقوق بخلاف
كثرة العدد في الشهود لانه يفيد زيادة طمانينة القلب قلنا حديث ماعز رضي الله عنه انه عليه الصلاة
والسلام اخر اقامة الحد عليه الى ان تم اقراره اربع مرات في اربعة مجالس فلو ظهر دونها لما اخرها
لثبوت الوجوب ولان الشهادة فيه اختصت بزيادة العدد فكذا الاقرار تعظيما لامر الزنا وتحقيقا
للستر ولا بد من اختلاف المجالس لما روينا ولان اتحاد المجلس اثر في جمع المتفرقات فعنده تتحقق شبهة
الاتحاد فيه وهو قائم بالمقر فيعتبر مجلسه دون مجلس القاضي ويرده القاضي كلما اقر فيذهب بحيث يتغيب
عن بصره في كل مرة فيما يروى عن ابي حنيفة لانه عليه الصلاة والسلام فعل (؟) [illegible] طرده ماعز احتج توارى بحيطان
المدينة فان قيل انما رده عليه السلام قبل ان يتبين له عقله لانه جاء اغبر اشعث متغير اللون وما استبان
له عقله رحمه الله الا ترى انه عليه السلام قال له ابك خبل ابك جنون فقال لا وسأل عنه فقالوا ما نعلم فيه الا خيرا
وبعث الى اهله هل تنكرون من عقله شيئا فقالوا لا وسأله عن احصانه فاخبره انه محصن فرجمه قلنا
ليس كذلك لان حاله يدل على كمال عقله اذ هي حالة التوبة والخوف من الله تعالى لا على جنونه وقوله عليه السلام
ابك خبل ابك جنون ليلقنه منه ما يدرأ به الحد كما قال له عليه الصلاة والسلام لعلك قبلتها او باشرتها
والسؤال عنه على سبيل الاحتياط والدليل عليه ما قال له ابو بكر الصديق رضي الله عنه له بعد ما اقر ثلاث
مرات انك ان اعترفت الرابعة رجمك فاعترف وهذا دليل على ان هذا العدد كان معروفا بينهم ظاهرا
عندهم الا ترى الى قول ابي بريدة كنا نتحدث في اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ان ماعزا لو قعد في بيته
بعد المرة الثالثة ولم يقر لم يرجمه وصح ان الغامدية رجمها عليه الصلاة والسلام بعد ما اقرت اربع مرات
ولا يقال اذا لم يجب الحد باقراره وجب ان يجب المهر لانه اقر بوطء لا يوجب الحد فاذا اوجب المهر وجب
ان لا يجب الحد بعد ذلك لانهما لا يجتمعان لانا نقول الامر موقوف فان تمت الحجة لم يجب والا وجب كما
في باب الشهادة ان البعض اذا شهدوا يتوقف الامر فان تم النصاب لا يكون قذفا والا فهو قذف
ولكنا متوقفين في ايجاب الحد عليهم او على الزانيين ولا فرق في الاقرار بين ان يكون حرا او عبدا او في

أغلظ منه صح

اطرد والمعترض يعني بالزنا قال رحمه الله وسأله كما مر فان بينه حد اي اذا اتم اقراره اربع
مرات يسأله كما مر في الشهادة وهو ان يسأله عن الزنا ما هو وكيف هو واين زنى وبمن زنى ومتى زنى
ليزول الاحتمال على ما مر وقيل لا يسأله عن الزمان لان تقادم العهد يمنع الشهادة دون الاقرار والاول
اصح ان يسأله لاحتمال انه زنى في صباه فهذا السؤال بعد ما نظر في حاله وعرف انه صحيح العقل كما فعل
عليه الصلاة والسلام ولا بد من التصريح به في ذلك ولا يكتفى بالكناية لانه عليه السلام قال لماعز فهل تدري
ما الزنا قال نعم وقال له انكتها ولا تكني قال نعم قال فاذا بين ذلك وظهر زناه سأله عن الاحصان
فاذا قال انه محصن سأله عن الاحصان ما هو فاذا وصفه بشرائطه حكم برجمه ولا يعتبر اقراره
٨٨ عند غير القاضي ممن لا ولاية له في اقامة الحدود ولو كان اربع مرات حتى لا تقبل الشهادة عليه بذلك لانه
ان كان منكرا فقد رجع وان كان مقرا لا تعتبر الشهادة مع الاقرار ولو اقر بالزنا مرتين وشهد
عليه اربعة لا يحد عند ابي يوسف وقال محمد يحد لان هذا الاقرار ليس بحجة فلا يعتد به فيكون الامتناع
عن غير دليل المجموع او الباقي هو صحيح فيه فيلتحق بالعدم شرعا فبقيت الشهادة وحدها هي الحجة
فتقبل ولابي يوسف ان الاقرار موجود حقيقة لكنه غير معتبر شرعا فاورثت الحقيقة شبهة وهو
يندرئ بها فصار كما اذا كانت معتبرة شرعا قال فان رجع عن اقراره قبل الحد او في وسطه خلي
سبيله وقال الشافعي وابن ابي ليلى يحد لوجوبه باقراره فلا يبطل بعد ذلك بانكاره وهذا لانه احد
الحجتين فصار ثبوته به كثبوته بالشهادة كالقصاص وحد القذف قلنا ان الرجوع خبر يحتمل الصدق والكذب
كالاقرار الاول فاورث شبهة وهو يندرئ بها وهذا لان كل واحد من كلاميه يحتملهما فلا يمكن العمل
باحدهما الا ولوية فينزل على ما كان بخلاف القصاص وحد القذف لانه من حقوق العباد وهو يكذبه
والحد حق الله فلا يكذب له والى صحة الرجوع اشار عليه الصلاة والسلام بقوله هلا تركتموه حين اخبر
بفرار ماعز قال وندب تلقينه بلعلك قبلت او لمست او وطئت بشبهة او بنكاح او بملك يمين لانه
عليه الصلاة والسلام قال بقوله لماعز لعلك قبلت او غمزت او نظرت قال لا يا رسول الله قال انكتها لا تكني
قال نعم فعند ذلك امر برجمه رواه البخاري واحمد وابو داود وقال عليه السلام في رواية انكتها كما يغيب
المرود في المكحلة والرشاء في البئر قال نعم فقال هل تدري ما الزنا قال نعم اتيت منها حراما ما ياتي
الرجل من امراته حلالا الحديث قال فان كان محصنا رجمه في فضاء حتى يموت لانه عليه الصلاة والسلام
امر برجم ماعز والغامدية وكانا محصنين واخرج ماعز الى الحرة وقيل الى البقيع فخرج الى الحرة
فرجم بالحجارة حتى مات وفيما رواه الجماعة انه عليه الصلاة والسلام رجم المراة التي زنى بها العسيف وقال
عليه الصلوة والسلام لا يحل دم امرئ مسلم الا باحدى معان ثلاث كفر بعد ايمان وزنا بعد احصان وقتل

بالتقادم ولا معنى لانكار الخوارج الرجم لانهم ينكرون القطعي فيكون مكابرة وعنادا قال يبدأ الشهود
به اي يبدأ الشهود بالرجم وقال الشافعي لا يشترط بدايتهم اعتبارا بالجلد ولنا ما روي عن علي رضي الله عنه
انه قال حين رجم شراحة الهمدانية ان الرجم سنة سنها رسول الله صلى الله عليه وسلم ولو كان شهد على
هذه احد لكان اول من يرمي الشاهد ثم يتبع شهادته حجره ولكنها اقرت فانا اول من رماها بحجر
قال الراوي ثم رمى الناس وانا فيهم لان الشاهد ربما يتجاسر على الشهادة ثم يستعظم المباشرة فيأبى
او يرجع فكان في بدايته احتيال للدرء بخلاف الجلد فان كل احد لا يحسن فيخاف ان يقع مهلكا او متلفا
لعضو وهو غير مستحق ولا كذلك الرجم لان الاتلاف فيه متعين قال فان ابوا سقط اي ان ابا الشهود
من البداية يسقط الحد لانه دلالة الرجوع وكذلك اذا امتنع واحد منهم او جن او فسق او قذف فحد او
عمي او خرس او ارتد والعياذ بالله تعالى لان الطارئ على الحد قبل الاستيفاء كالموجود في الابتداء وكذا
اذا غابوا او بعضهم او ماتوا او بعضهم لما ذكرنا وهذا عند ابي حنيفة ومحمد واحدى الروايتين عن ابي يوسف
وروي عنه اذا امتنعوا او ماتوا او غابوا رجم الامام ثم الناس وان كان الشهود مرضى لا يستطيعون ان
يرموا او مقطوعي الايدي رجم بحضرتهم بخلاف ما اذا قطعت ايديهم بعد الشهادة ذكره في النهاية قال
ثم الامام ثم الناس لما روينا من اثر علي رضي الله عنه ويقصدون بذلك مقتله الا من كان منهم ذا رحم محرم منه
فانه لا يقصد مقتله لان بغيره كفاية وروي ان حنظلة استأذن رسول الله صلى الله عليه وسلم في قتل ابيه و
كان كافرا فمنعه من ذلك وقال دعه يكفيك غيرك ولانه مامور بصلة الرحم فلا يجوز القطع من غير
حاجة قال ويبدأ الامام لو مقرا ثم الناس اي يبدأ الامام بالرجم ان كان الزاني مقرا لما
روينا من اثر علي رضي الله عنه ورمى رسول الله صلى الله عليه وسلم الغامدية بحصاة مثل الحمصة ثم قال للناس
ارموا وكانت اقرت بالزنا ويغسل ويكفن ويصلى عليه لقوله عليه الصلاة والسلام حين سئل عن غسل
ماعز وتكفينه والصلاة عليه اصنعوا به كما تصنعون بموتاكم فلقد تاب توبة لو قسمت على اهل الحجاز لوسعتهم
ولقد رايته ينغمس في انهار الجنة ولانه قتل بحق فلا يسقط به الغسل كالمقتول بقصاص بخلاف الشهيد
وصلى رسول الله صلى الله عليه وسلم على الغامدية بعد ما رجمت وكانت اقرت وقال عليه الصلاة والسلام والذي
نفسي بيده لقد تابت توبة لو تابها صاحب مكس لغفر له رواه مسلم وابو داود قال ولو غير محصن
جلده مائة اي لو كان الزاني غير محصن جلده مائة لقوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما
مائة جلدة والخطاب للائمة لان اجتماع الامة متعذر فتعين الامام لقيامه مقامهم وهي عامة في المحصن
وغيره الا انها نسخت في حق المحصن بما ذكرنا فبقيت معمولا بها في حق غيره وقدمت الزانية بالذكر لانها
هي المادة في هذه الجناية اذ لولا تطمعه ولم تمكنه لم يطمع ولم يتمكن ولان الفاحشة منهن اكثر لغلبة شهوتهن

ثبت في العبيد بدلالة النص الوارد في احد المثلين يكون واردا في المثل الآخر او نقول دخل
العبيد في اللفظ والاناث للتغليب ومثله قوله عليه الصلاة والسلام في خمس من الابل السائمة شاة
ولفظ خمس بلا تاء يتناول الاناث ودخل الذكور فيه اما بدلالة النص او دخل في اللفظ والاناث للتغليب
ومثله تغليب الذكور عادة كما في قوله تعالى اذا قمتم الى الصلاة وان كنتم جنبا ويجرده قال سوطا
لا ثمرة له متوسطا اي ضربا متوسطا لا عقدة له ضربا متوسطا وفي النهاية هي عذبته وذنبه وطرفه
لان كل ضربة بها تصير ضربتين وعن علي رضي الله عنه انه كسر ثمرته ولو لم يكسر الثمرة بعد كل ضربة
ضربتين لما روي ان عليا رضي الله عنه ضرب الوليد بسوط له طرفان وفي رواية ذنبان اربعين
جلدة فكانت الضربة بضربتين والضرب المتوسط هو المؤلم غير الجارح لان الجارح يفضي الى التلف
ويبقى في جلده اثره فيشينه ولهذا انتكس عقدته وغير المؤلم لا يفيد والواجب التأديب دون
الاهلاك قال وينزع ثيابه على بدنه غير الازار لان في نزعه كشف العورة والمقصود من ضربه ا
يصال الالم اليه لا سيما هذا الحد لانه مبني على الشدة والتجريد فيه ابلغ وقد صح ان عليا رضي الله عنه كان
يامر بالتجريد في الحدود قال ويفرق على بدنه اي يفرق الضرب على اعضائه لان الجمع في عضو واحد
قد يفضي الى التلف والجلد زاجر وليس بمتلف ولانه نال اللذة في كل عضو منه فيعطي حظه من الضرب
ولهذا يرجم اذا كان محصنا قال الا راسه ووجهه وفرجه لقوله عليه الصلاة والسلام للجلاد اتق الوجه
والمذاكير ولان الضرب على الفرج متلف وعلى الراس سبب لزوال الحواس كالسمع والبصر والشم
والفهم وكذا على الوجه وهو مجمع المحاسن ايضا فلا يؤمن ذهابها فيكون اهلاكا من وجه فلا يشرع وقال
ابو يوسف اخيرا يضرب الراس لقول ابي بكر للجلاد اضرب الراس فان فيه شيطانا قلنا قال ذلك
في مستحق القتل لانه كان من دعاة اهل الحرب محلوقا وسط راسه فامر بضرب ذلك الموضع واخبر ان فيه
شيطانا وقال عمر للجلاد اياك ان تضرب الراس والفرج وقال بعض مشايخنا لا تضرب الصدر والبطن لانه
مقتل كالراس وعن ابي يوسف مثله وقال الشافعي رحمه الله يختص الظهر بالضرب لقوله عليه الصلاة والسلام شهودك
او حد في ظهرك قلنا ليس فيه نفي ضرب غيره من الاعضاء قال ويضرب الرجل قائما في الحدود غير ممدود
لقول علي رضي الله عنه يضرب الرجل في الحدود قائما والنساء قعودا ولان مبنى الحدود على التشهير لقوله تعالى
وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين والقيام ابلغ فيه من المد وهو الملقى في الارض كما يفعل اليوم
وقيل ان يمد بدفع يده فوق راسه وقيل ان يمد السوط على جسده عند الضرب فيجره عليه وكل ذلك
لا يفعل لانه زيادة على المستحق قال ولا ينزع ثيابها الا الفرو والحشو اي المراة لا ينزع عنها ثيابها
الا الفرو والحشو لان في تجريدها كشف العورة والفرو والحشو يمنعان وصول الالم الى الجسد والستر

رواه مسلم واحمد وابو داود ولانها ربما تضطرب اذا اصابتها الحجارة فتبدو اعضاؤها وهي كلها عورة فكان الحفر استر لها الا ان الرجل ولا باس بترك الحفر لها لانه عليه الصلاة والسلام لم يامر بذلك والربط والامساك غير مشروع في المرجوم **قال** ولا يحد عبده الا باذن امامه اي المولى لا يحد الا اذا فوض الامام اليه وقال الشافعي له ان يقيم عليه الحد الذي هو خالص حق الله تعالى اذا عاين السبب او اقر عنده اذا كان المولى ممن يملك الحد بعقوبية الامام بان كان بالغا عاقلا حرا وان ثبت بالبينة فله فيه قولان وفي حد القذف والقصاص له وجهان وان كان المولى مكاتبا او ذميا او المراة فليس له ان يقيم الحد على مملوكه **له** قوله عليه الصلاة والسلام اذا زنت امة احدكم فتبين زناها فليجلدها الحد ولا يثرب عليها ثم ان زنت الثانية فليجلدها الحد ولا يثرب عليها ثم ان زنت الثالثة فليبعها ولو بحبل من شعر متفق عليه ولان له ولاية مطلقة فيملك ما وجب عليه الامام بل اولى لان ولايته عليه فوق ولاية الامام حتى ملك عليه من التصرفات ما لا يملكه الامام الا يرى ان المولى هو الذي يزوج دون المولى بالقرابة لان ولاية الملك فوقها وولاية القرابة فوق ولاية السلطنة لان السلطان لا يزوج الا بعد فقد القريب فلما جعلت ولاية الملك فوق ولاية القرابة دل انها فوق ولاية السلطنة بخمس درجات ولهذا يملك تعزيره كما يملكه الامام والحد كالتعزير لان كلا منهما عقوبة شرعت للتاديب **ولنا** ما روي عن العبادلة الثلاثة موقوفا ومرفوعا اربعة الى الولاية الحدود والصدقات والجمعات والفيء وعن علي مثله ولان الحد حق الله تعالى اذ المقصود منه شرعه اخلاء العالم عن الفساد ولهذا لا يسقط باسقاط العباد فتكون الولاية مستفادة بالنيابة من الله تعالى والامام هو المتعين لها في استيفاء حقوق الله تعالى فاما المولى فولايته بالملك لا تصلح ان يكون نائبا لله تعالى الا ترى ان المراة لا تصلح لذلك وان كانت مالكة وكذا الذمي والمكاتب بخلاف التعزير لانه حق العبد وهو المالك والمقصود منه التاديب والتثقيف وبهذا يملكه عليه وان كان صغيرا غير مخاطب شرعا وهو كتاديب الدواب ويقبل فيه الشهادة على الشهادة وشهادة النساء مع الرجال ويصح فيه العفو والتقدم في ولاية الانكاح لا تدل على تقدمه في ولاية الحدود كالقريب فانه يتقدم عليه فيه وليس له ولاية اقامة الحدود ولان الحدود انما تجب باعتبار الادمية والمولى يملك ماليته لا غير فكان اجنبيا عنه فصار كالحد في حقه ولهذا يصح اقراره بالحدود دون الاموال والمراد بما روي التسبب بالمرافعة الى الحكام لا المباشرة بغير اذن الامام وهذا كما يقال مثل الامير فلانا ونادى الامير في الناس والمباشر للقتل والنداء غيره وانما نسب اليه بالنسبة بالامر بذلك وهذا المعنى هو الظاهر لانه عليه السلام خاطب للموالي كلهم بذلك وكلهم لا يملكون المباشرة بالاجماع او يكون ذلك اذنا منه عليه الصلاة والسلام للموالي بان يقيموا الحدود عليهم وعندنا يجوز للمولى اقامته باذن الامام **قال** واحصان الرجم الحرية والتكليف والاسلام والوطء بنكاح صحيح وهما بصفة الاحصان العقل والبلوغ وهذه الشرايط سبعة

[illegible]

٩٠

وقال تعالى ومن لم يستطع منكم طولا ان ينكح المحصنات اي الحراير ولانها ممكنة من النكاح الصحيح المغني عن الزنا واما الاسلام فلقوله عليه الصلاة والسلام من اشرك بالله فليس بمحصن ولانه متمكن به من نكاح المسلمة اذ الكافرة لا تحصنه ويمكنه من اعتقاد الحرمة او تؤكده وعن ابي يوسف انه ليس بشرط وبه قال الشافعي لانه عليه الصلاة والسلام رجم يهوديين **قلنا** كان ذلك بحكم التورية قبل نزول اية الجلد في اول ما دخل عليه الصلاة والسلام المدينة وصار منسوخا بها ثم نسخ الجلد في حق المحصن والكافر ليس بمحصن لما روينا واما التزوج بنكاح صحيح فلان الاحصان ينطلق عليه قال الله تعالى والمحصنات من النساء اي المنكوحات قال الله تعالى فاذا احصن اي تزوجن ولانه يمكنه من الوطء الحلال واما الدخول فلقوله عليه السلام الثيب بالثيب الحديث والثيابة لا تكون بغير دخول ولانه باصابة الحلال تنكسر شهوته وتشبع وتستغني به عن الزنا والمعتبر ايلاج الحشفة في الفرج بحيث يجب عليه الغسل ولا يشترط الانزال واما احصانهما حالة الدخول فلان هذه النعمة به تتكامل اذ الطبع ينفر عن صحبة المجنونة وقل ما يرغب في الصغيرة لقلة رغبتها فيه وفي المملوكة حذرا عن رق الولد ولا ايتلاف مع الاختلاف في الدين وفي الكافرة خلاف ابي يوسف وعنده لا يشترط الاحصان عند الدخول والحجة عليه ما بيناه وقوله عليه السلام لا تحصن المسلم اليهودية ولا النصرانية ولا الحر الامة ولا الحرة العبد وهذه الاشياء من اعظم النعم وكلها زاجرة عن الزنا والجناية عند توفر النعم ووجود المانع اغلظ وافحش فيناط به نهاية العقوبة ولهذا هدد الله تعالى نساء النبي بضعف ما هدد به غيرهن وعاتب الانبياء عليهم السلام بما لا يؤاخذ بها غيرهم لزيادة النعمة عليهم بخلاف العلم والشرف لان الشرع لم يرد باعتبارها ونصب الشرع بالراي ممتنع ولو زال الاحصان بعد ثبوته بالجنون والعنة يعود محصنا اذا افاق وعند ابي يوسف لا يعود حتى يدخل بالمراة بعد الافاقة **قال** ولا يجمع بين جلد ورجم يعني في المحصن ولا بين جلد ونفي في البكر يعني البكر اما الاول فلانه عليه السلام لم يجمع بينهما على المحصن وعند اصحاب الظواهر يجلد ثم يرجم لقوله عليه الصلاة والسلام خذوا عني فقد جعل الله لهن سبيلا البكر بالبكر جلد مائة ونفي سنة والثيب بالثيب جلد مائة والرجم رواه الجماعة الا البخاري والنسائي وعنه عليه الصلاة والسلام جمع بينهما في رجل وعن الشعبي ان عليا حين رجم المراة جلدها يوم الخميس ورجمها يوم الجمعة وقال جلدتها بكتاب الله ورجمتها بسنة رسول الله رواه البخاري واحمد **ولنا** انه عليه الصلاة والسلام لم يجمع بينهما في ماعز ولا في الغامدية ولا في المراة التي زنى بها العسيف بل رجمهم من غير جلد ولو كان الجمع حدا لما تركه ولانه لا فائدة في الجلد مع الرجم لان الجلد مشروع زاجرا وزجره بالجلد لا يتاتى مع هلاكه بالرجم وزجر غيره يحصل بالرجم لكونه ابلغ العقوبات فما عرى من الفائدة فلا يشرع ولهذا لو تكرر منه ما يوجب الحد يكتفى بحد واحد لعدم فائدة الباقي لان المقصود هو زجره وزجر غيره ومعناه يحصل بالاول وما روي ومن زجر غيره الثيب

[illegible]

على الحكم في الثيب على ان هذا الحديث منسوخ على ما نبين وحده ننسخه من حديث ان شاء الله تعالى واما
الذي جمع فيه عليه الصلاة والسلام بعد بينهما فانما جلده اولا مرة لظنا منه انه غير محصن ثم لما عرف انه
محصن رجمه فان جابر رضي الله عنه قال ان رجلا زنا بامراة فامر به النبي صلى الله عليه وسلم فجلد الحد ثم اخبر انه
محصن فامر به فرجم رواه ابو داود وفعل علي رضي الله عنه محمول على ذلك وتاخيره الرجم الى يوم الجمعة دليل
عليه لان تاخير الحد بعد وجوبه لا يجوز وعمل احد الحديثين بالكتاب والاخر بالسنة ولهذا قال جلدتها
بكتاب الله ورجمتها بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم لان الجمع مشروع في حد واحد واما الثاني وهو عدم الجمع
بين الجلد والنفي في البكر فمذهبنا وقال الشافعي نجمع بينهما حدا لما روينا من قوله عليه الصلاة والسلام البكر
بالبكر جلد مائة ونفي سنة وقال عليه الصلاة والسلام في العسيف عليه جلد مائة وتغريب عام والخلفاء الراشدون
كانوا يضربون ويغربون ولان الزنا ينشا من المصاحبة والمواشة فيقطع ويغرب حسما
لمادته الا ترى ان السارق لما كان يتمكن من السرقة بالمشي والبطش فصار حده قطع آلة المشي والبطش
حسما لمادته ولنا قوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة جعل الجلد كل الموجب
نظرا الى الخطاب بالفاء لان الفاء للجزاء والجزاء ما يكون كفاية لانه من جزا بالهمز اي كفي والى كونه كل المذكور
فيكون ذلك الموجب اذ الموضع موضع حاجة الى البيان فلو كان الجلد بعض الموجب فيكون نسخا وهو
لا يجوز الا بمثله ولان في التغريب تعريضها على الزنا لانها اذا تباعدت عن العشائر والاقارب انقطع
الحياء اذ انزلت في الرباطات او الخانات احوجها التغريب مواد المعاش الى اتخاذ الزنا مكسبة لارتفاع
الاستحياء ولهذا قال علي رضي الله عنه كفي بالنفي فتنة وعمر نفي شخصا فارتد ولحق بدار الحرب فحلف
ان لا ينفي بعده ابدا ولهذا يعرف ان تغريبهم كان بطريق السياسة والتعزير لا بطريق
الحد لان مثل عمر لا يحلف ان لا يقيم الحد وعندنا يجوز ان يفعله ان راى فيه مصلحة ولا
يختص ذلك بالزنا الا ترى انه عليه السلام نفي المخنث وعمر نفي نصر بن الحجاج وكان غلاما
صبيحا يفتتن به النساء والجمال لا يوجب النفي ولكن فعل ذلك لمصلحة رآها فجاء الغلام
قال له ما ذنبي يا امير المومنين فقال لا ذنب لك وانما الذنب لي حيث لا اطهر دار الهجرة
منفاه والتحق بالروم فحلف ان لا ينفي احدا بعد ذلك ولان نفي المراة لا يمكن شرعا لان سفرها
بغير محرم حرام ولا ذنب للمحرم حتى ينفي معها ولا يمكن القياس على المهاجرة من دار الحرب لانها
لا تقصد سفرا وانما تطلب الخلاص حتى لو لم تجد وصلت الى جيش المسلمين ولهم منعة لا يجوز
لها ان تخرج من عندهم وتسافر وكذا في الامة في حق المولى في الخدمة مقدم على حق الشرع فلا
يمكن ان يفصل بينها وبين مولاها وكذا العبد وما رواه منسوخ كشطره وهو قوله عليه السلام

[illegible]

ثم نسخ الحبس بقوله عليه الصلاة والسلام خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلا البكر بالبكر
جلد مائة وتغريب سنة والثيب بالثيب جلد مائة والرجم فكان هذا قبل نزول سورة
النور بدليل قوله عليه الصلاة والسلام خذوا عني ولو كان بعد نزولها لقال خذوا عن
الله بقوله تعالى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة فكان الجلد حد كل زان ثم نسخ في حق المحصن
بالرجم فبقي في حق غير المحصن معمولا به فاستقر الحكم على الجلد فقط في غير المحصن وعلى الرجم فقط
في حق المحصن قال ولو غرب بما يرى صح اي لو غرب الامام الجاني بما يرى من التغريب جاز
لما ذكرنا وقال في النهاية المراد بالتغريب الحبس قال الشاعر ومن يك امسى بالمدينة
رحله فاني وقيار بها لغريب اي لمحبوس وهو احسن واسكن للفتنة من النفي الى اقليم آخر لانه
بالنفي يعود مفسدا كما كان ولهذا كان الحبس حدا في ابتداء الاسلام دون النفي وحمل النفي المذكور
في قطاع الطريق عليه قال رحمه الله والمريض يرجم ولا يجلد حتى يبرأ اي اذا زنا المريض وكان
محصنا يرجم لان الرجم متلف فلا يمتنع بسبب المرض وان كان غير محصن لا يجلد حتى يبرأ كيلا
يفضي الى التلف والجلد شرع زاجرا لا متلفا ولهذا لا يقام الحد في شدة الحر ولا في شدة البرد وان كان
الزاني ضعيف الخلقة بحيث لا يرجى برؤه يخاف عليه الهلاك اذا ضرب الجلد جلد خفيفا مقدار
ما يتحمله لما روي ان رجلا ضعيفا زنى فذكر ذلك سعد بن عبادة لرسول الله صلى الله عليه وسلم وكان ذلك
الرجل مسلما فقال عليه الصلاة والسلام اضربوه حده فقالوا يا رسول الله انه ضعيف مما تحسب لو ضربناه
مائة قتلناه فقال عليه الصلاة والسلام خذوا عثكالا فيه مائة شمراخ ثم اضربوه ضربة واحدة قال
ففعلوا رواه احمد وابن ماجة وفيما رواه ابو داود لو حملناه اليك لتفسخت عظامه وما هو الا جلد على عظم
قال والحامل لا تحد حتى تلد وتخرج من نفاسها لو كان حدها الجلد اي لو كانت الزانية حاملا لا تحد
حتى تلد لانه يخاف الهلاك على الولد وله حرمة الادمي وان كان من الزنا لعدم الجناية منه وقد روي
ان امراة من غامد جاءت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت طهرني فقال ويحك ارجعي واستغفري الله وتوبي
اليه فقالت اراك تريد ان ترددني كما رددت ماعز بن مالك قال وما ذاك قالت انها حبلى من الزنا
قال انت قالت نعم فقال حتى تضعي ما في بطنك فقال فكفلها رجل من الانصار حتى وضعت قال فاتى النبي
صلى الله عليه وسلم فقال وضعت الغامدية فقال اذا لا نرجمها وندع ولدها صغيرا ليس له من يرضعه فقام رجل
من الانصار فقال الي رضاعه قال فرجمها رواه مسلم والدارقطني وهذا حديث صحيح وتحبس حتى تلد ان ثبت
زناها بالشهادة وان كانت مقرة لا تحبس وان كان حدها الجلد لم تجلد حتى تخرج من نفاسها لما روي عن
علي رضي الله عنه انه قال ان امة لرسول الله صلى الله عليه وسلم زنت فامرني ان اجلدها فاتيتها فاذا هي حديث عهد بنفاس

[illegible]

تعالى جاءت الغامدية فقالت يا رسول الله اني قد زنيت فطهرني وانه ردها فلما كان الغد قالت يا رسول الله لم تردني لعلك تردني كما رددت ماعزا فوالله اني لحبلى قال اما لا فاذهبي حتى تلدي فلما ولدت اتته بالصبي وفي يده كسرة خبز فقالت هذا يا نبي الله قد فطمته وقد اكل الطعام فدفع الصبي الى رجل من المسلمين ثم امر بها فحفر لها الى صدرها وامر الناس فرجموها فيقبل خالد بحجر فرمى راسها فنضح الدم على وجه خالد فسبها فسمع النبي عليه السلام سبه اياها فقال مهلا يا خالد فوالذي نفسي بيده لقد تابت توبة لو تابها صاحب مكس لغفر الله له ثم امر بها وصلى عليها ودفنت رواه مسلم واحمد وابو داود و
التوفيق بين الحديثين انه يحتمل ان يكون امراتان من غامد تاخر رجم احداهما الى ان تفطم ولدها دون الاخرى ويحتمل ان يكون احداهما من غامد والاخرى من قبيلة اخرى فغلط الراوي في الرواية

باب الوطء الذي يوجب الحد والذي لا يوجبه

الوطء الموجب للحد هو الزنا وهذا عند اهل اللغة وفي الشرع وطء الرجل المكلف في قبل المشتهاة في غير الملك وشبهته عن طوع وقد بيناه في اول الكتاب وانما يشترط ذلك في وجوب الحد لان الزنا فعل حرام والحرمة على الاطلاق تثبت عند التعري عن الملك وشبهته بدليل قوله عليه السلام ادرؤوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم فان كان له مخرج فخلوا سبيله فان الامام ان يخطئ في العفو خير من ان يخطئ في العقوبة رواه الترمذي من حديث عائشة وذكر انه قد روي موقوفا وان الوقف اصح وعندنا لا يضر ذلك اذا صح الرفع لا سيما فيما لا يدرك بالراي فان الموقوف فيه محمول على السماع لانهم كانوا يرفعونه تارة ويفتون به اخرى وقال عليه السلام ادفعوا الحدود ما وجدتم له مدفعا ثم الشبهة ثلاثة انواع شبهة في الفعل وشبهة في المحل وشبهة في العقد على ما يجيء بيانه فالاول تسمى شبهة اشتباه وهو ان يظن غير الدليل دليلا فيتحقق في حق من اشتبه عليه فقط لان المحل خال عن الملك والحق فكان زنا حقيقة غير انه سقط الحد لمعنى راجع اليه وهو الظن ولهذا لو جاءت بولد لا يثبت نسبه منه وان ادعاه والنوعان الاخران الشبهة في كل واحد منهما حكمية فيثبت مطلقا لان الشبهة فيه لدليل قائم به يقتضي الحل وانما امتنع من افادته لمانع على ما يجيء تفاصيله

قال لا حد لشبهة الحل وان ظن حرمته كوطء امة ولده وولد ولده ومعتدة الكنايات اي لا يجب الحد لشبهة وجدت في المحل وان علم حرمته لان الشبهة اذا كانت في الموطوءة يثبت فيها الملك من وجه ولم يبق معه اسم الزنا فامتنع الحد على التقادير كلها وهذا الدليل المثبت للحل قائم وان تخلف عن اثباته حقيقة لمانع فاورث شبهة فلهذا يسمى هذا النوع شبهة في المحل لانها نشات عن دليل موجب للحل في المحل بيانه ان قوله عليه الصلاة والسلام انت ومالك لابيك يقتضي الملك لان اللام فيه للملك وكذا امة ولد الولد والمعتدة التي طلقها زوجها بالكناية فيها اختلاف المشايخ والصحابة فمن مذهب عمر رضي الله عنه انها رجعية فاورث شبهة وان كان المختار

مكاتبة او عبده المأذون له وعليه دين محيط بماله ورقبته لان له حقا في كسب عبده فكان شبهة في حقه ومنها الجارية المهورة قبل التسليم في حق الزوج لما ذكرنا من المعنى فتكون الشبهة فيها اظهر ومنها المرهونة في حق المرتهن في رواية كتاب الرهن لان استيفاء الدين يقع بها عند الهلاك وقد انعقد له سبب الملك في الحال فصارت كالمشتراة بشرط الخيار للبايع

قال ولشبهة الفعل ان ظن حله كمعتدة الثلاث وامة ابويه وزوجته وسيده اي يسقط الحد لاجل الشبهة في الفعل ان ظن ان وطئها حلال له ويسمى هذا النوع من الشبهة شبهة فعل لان الملك والحق غير ثابت في هؤلاء اللاتي ذكرهن لان حرمة المطلقة ثلاثا مقطوع بها فلم يبق له فيها ملك ولا حق غير انه بقي فيها بعض الاحكام كالنفقة والسكنى والمنع من الخروج وثبوت النسب وحرمة اختها واربع سواها وعدم قبول شهادة كل واحد منهما لصاحبه فحصل الاشتباه بذلك فاورث شبهة ان ظن حله لانه في موضع الاشتباه فيعذر ولا فرق في ذلك بين ان يوقع الثلاث جملة او متفرقا ولا اعتبار بخلاف من انكر وقوع الجملة لكونه مخالفا للقطعي وكذا الاملاك متباينة بينه وبين ابويه وكذا بينه وبين زوجته فلا ملك له ولا حق له في مالهم وكذا العبد في مال مولاه غير ان البسوطة تجري بينهم في الانتفاع بالاموال والرضا بذلك عادة ويجعل الانتفاع بماله شرعا فاذا ظن الوطء من هذا القبيل حلالا يعذر لان وطء الجواري من قبيل الاستخدام فيشتبه عليه الحال والاشتباه في محله معذور فيه ولهذه المسايل ايضا اخوات منها المطلقة على مال لان حرمتها ثابتة بالاجماع فصارت كالمطلقة ثلاثا ومنها ام الولد اذا اعتقها مولاها لان ثبوت حرمتها بالاجماع وتثبت الشبهة عند الاشتباه لبقاء اثر الفراش وهو العدة ومنها الجارية المرهونة في حق المرتهن في رواية كتاب الحدود وهو المختار لان الاستيفاء من عينها لا يتصور وانما يتصور من معناها فلم يكن الوطء حاصلا في محل الاستيفاء وهذا لان الرهن لا يفيد ملك العين حقيقة ولهذا لو مات العبد المرهون يكون كفنه على الراهن على ما عرف في موضعه والوطء يصادف العين ولان افاد ملك العين لا يتصور ان يفيد ملك المتعة في الحال لانه يصير مستوفيا لها بعد الهلاك وفي ذلك الوقت لا يتصور ملك المتعة فصارت كالجارية المستاجرة للخدمة وكجارية الميت في حق الغريم بخلاف المشتراة بشرط الخيار للبايع لان الملك فيها يثبت فيها حقيقة في حال قيامها عند نفوذ البيع وذلك سبب لملك المتعة فان قيل هذا اوجب ان يجب الحد على المرتهن مطلقا اشتبه عليه او لم يشتبه كما في الجارية المستاجرة للخدمة وكجارية الميت في حق الغريم

قلنا الاستيفاء سبب لملك المال في الجملة وملك المال سبب لملك المتعة في الجملة فحصل الاشتباه بخلاف المستاجرة وجارية الميت لان الاجارة لا تفيد المتعة بحال والغريم لا يملك عين التركة وانما يستوفي حقه من الثمن ولو ملك العين او تعلق حقه بها لما جاز بيعها الاباء

فلا يمكن تعديته الى ما تختص عليها قال والنسب يثبت في الاولى فقط اي يثبت النسب ان ادعاه في الشبهة
الاولى وهي الشبهة في المحل ولا يثبت في النوع الثاني وهو الشبهة في الفعل وان ادعاه لان النسب يعتمد قيام
الملك او الحقيقة في المحل لانه لا يثبت بدون الفراش والفراش او شبهته يوجد باحد امرين في النوع الاول وجد
احدهما فلم يتمحض زنا ولم يتحقق في الثاني فتمحض زنا وانما سقط الحد لمعنى راجع اليه وهو اشتباه الامر عليه
والمحل خال عن الملك وعن الحق ولهذا يجب عليه الحد اذا لم يدع الاشتباه بخلاف النوع الاول على ما بينا قال ومن
وطئ امة اخيه وعمه وان ظن انها تحل له حد وامراة وجدت في فراشه يعني وان ظن انها تحل له لانه لا انبساط في مال هولاء
عادة فلم يستند ظنه الى دليل فلم يعتبر وكذا في سائر المحارم سوى الولاد بخلاف السرقة منهم حيث لا تقطع
بها يده لان حد السرقة يجب بهتك الحرز ولم يوجد الحرز في حقه لان المحارم يدخل بعضهم على بعض بغير
استيذان ولا حشمة لوجود الاذن بالدخول عادة فيختل به الحرز واما هنا يجب الحد بالزنا وقد وجد ويدرا
بالحل او بشبهته ولم يوجد ويتبين لك هذا المعنى في الضيف فانه اذا سرق من المضيف لا تقطع يده وان زنا
بجاريته او في بيته بل في بيت نفسه يحد لما قلنا وهو المراد بقوله وامراة وجدت في فراشه وان قال ظننت انها
امراتي لانه بعد طول الصحبة لا تشتبه عليه امراته وقد ينام في فراشها غيرها من المحارم والمعارف والجيران
فلم يستند الظن الى دليل فلا يعتبر وكذا اذا كان اعمى لان امراته لا تخفى عليه بعد طول الصحبة ويعرفها
بالحس والنفس والرائحة والصوت فلا يعذر في ترك التفحص عنها الا اذا دعاها فاجابته اجنبية فقالت
انا امراتك فوطئها فانه لا حد عليه لان ظنه استند الى دليل شرعي وهو الاخبار وكذا لو قالت انا فلانة
باسم امراته فواقعها فلا يحد لما قلنا ولو جاءت بولد يثبت نسبه منه لما نذكر من قريب في المزفوفة وان اجا
بته ولم تقل انا امراتك ولا انا فلانة يحد لعدم ما يوجب السقوط ولو اكرهها يجب عليه الحد دونها ولا يجب
عليه مهرها عندنا خلافا للثالث وهو نظير الاختلاف في المسروق مع القطع قال لا باجنبية زفت
وقيل هي زوجتك اي لا يجب الحد بوطئ اجنبية زفت اليه وقيل له هي زوجتك فيما اذا تزوج امراة ولم يدخل
بها بعد لانه اعتمد دليلا شرعيا في موضع الاشتباه وهو الاخبار فيطلق له العمل اذ المرء لا يميز
بين زوجته وغيرها في اول الوهلة ولا دليل يقف عليه سوى هذا ولهذا قلنا يثبت نسبه وان
كانت شبهة اشتباه لعدم الملك وشبهته لان الشارع جعل الاخبار بالملك كالمتحقق دفعا للضرر
والغرور عنه في الامة التي اشتراها ثم استحقت بعد ما وطئها واستولدها ولا حد فكذا هذا ولانه
وطئ حرام في غير الملك فيسقط به احصانه وعن ابي يوسف انه لا يسقط احصانه لان هذا الوطئ حلال له
ظاهرا والحكم يبنى على الظاهر قلنا ليس له فيها ملك ولا شبهته فكان زنا حقيقة فيبطل به احصانه
واشتباه الحد لدليل شرعي لا يمنع من ذلك كمن وطئ جارية ابيه فانه يسقط احصانه بذلك علقت او لم تعلق
ادعاه او لم يدع قال
وعليه مهرها لان عليا رضي الله عنه
نفى الحد بذلك ولان الوطئ في دار
الاسلام لا يخلو عن الحد او
المهر وقد سقط عنه الحد
فيجب المهر وهو مهر
المثل ولهذا قلنا في كل موضع
سقط فيه الحد بما ذكرنا
يجب فيه المهر لما ذكرنا
الا في وطئ جارية الابن
وعلقت منه وادعى نسبه
وما ذكرنا في النكاح
او في وطئ البائع
المبيعة قبل
التسليم

ذكر في الزيادات وينبغي ان لا يجب بوطئ جارية السيد لان المولى لا يجب له دين على عبده ولو
وجب ثم سقط فيستقيم على ما اختلفوا فيه ثم ان المولى عبده بجاريته ويكون المهر للموطوءة بذلك قضى
علي رضي الله عنه وكان عمر يجعله في بيت المال لانه جعله حق الشرع كما ان الحد حق له وهذا كالعوض عنه
والمختار قول علي رضي الله عنه لان الوطئ كالجناية عليها وارش الجناية للمجني عليه ولو كان عوضا
عن الحد لوجب على المراة لان الحد ساقط عنها قال ونحرم نكاحها اي لا يجب الحد بوطئ محرم تزوجها
وهذا هو الشبهة في العقد سواء كان عالما بالحرمة او لم يكن عالما بها عند ابي حنيفة رضي الله عنه ولكن ان
كان عالما يوجع بالضرب تعزيرا له وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي ان كان عالما يحد في كل امراة
محرمة عليه على التابيد او ذات زوج لان حرمتهن ثبتت بدليل قطعي واضافته اليهن كاضافته الى
الذكور لكونه صادفا غير المحل فيلغو لان محل التصرف ما يكون محلا لحكمه وهو الحل هنا وهي من المحرمات
فيكون زنا حقيقة لعدم الملك فيها والحق واليه الاشارة بقوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح اباؤكم من النساء
الى قوله انه كان فاحشة والفاحشة هي الزنا لقوله تعالى ولا تقربوا الزنا انه كان فاحشة الاية
وبحرة اضافة العقد الى غير المحل لا عبرة به الا ترى ان البيع الوارد على الميتة والدم غير معتبر حتى لا
يفيد شيئا من احكام البيع غير انه اذا لم يكن عالما يعذر بالاشتباه ولابي حنيفة ان محلات الاناث من
اولاد ادم محل لهذا العقد لان محل العقد ما يكون قابلا لمقصوده الاصلي فكل انثى من اولاد ادم
قابل لحكم النكاح وهو التوالد والتناسل واذا كانت قابلة لمقصوده كانت قابلة لحكمه اذ الحكم يثبت ذريعة
الى المقصود فكان ينبغي ان ينعقد في جميع الاحكام الا انه تقاعد عن افادة الحل حقيقة لمكان الحرمة الثابتة
بالنص فتورث شبهة اذ الشبهة ما تشبه الحقيقة لا الحقيقة بنفسها الا ترى ان الخمر ليست بمال
عندنا ولا هي محل للعقد ومع هذا لو اشتراها اعتبرت ما لا في حق انعقاد العقد حتى يملك ما يقابلها
لكونها مالا عند اهل الذمة والانثى من اولاد ادم محل للعقد في حق غيره من المسلمين فكانت اولى
باثبات الشبهة وكونها محرمة على التابيد لا ينافي الشبهة الا ترى انه لو وطئ امته وهي اخته من الرضاع
عالما بالحرمة لا يجب عليه الحد والنكاح في افادة ملك المتعة اقوى من ملك اليمين لانه شرع له بخلاف ملك اليمين
فكان اولى في افادة الشبهة لان الشبهة تشبه الحقيقة فما كان اقوى في اثبات الحقيقة كان اقوى في اثبات
الشبهة واستدلالهم بالفاحشة على انه زنا غير صحيح لان الفاحشة اسم للمحرم قال الله تعالى ولا تقربوا الفوا
حش ما ظهر منها وما بطن وقال تعالى والذين يجتنبون كبائر الاثم والفواحش الا اللمم الاية فلا يكون
اسم الفاحشة مختصا بالزنا ولو كان مختصا به فليس فيه دلالة على ما قالوا لان النكاح حقيقة الوطئ فيحمل عليه
النكاح المذكور في الاية لا على العقد لان العقد ليس بزنا اتفاقا ولا على الوطئ بعد العقد لان اللفظ لا يحتمل
عليه اذ النكاح
لم يذكر في الاية
فيتناول احدهما
على البدل دون الجمع
بينهما لانه لا مجاز
من الحقيقة والمجاز
والدليل على ان النكاح
...

لما ذكرنا بالغ في تعزيره ان كان عالما بذلك لانه ارتكب محظورا او فيه فساد العالم ومن الشبهة في العقد
وطي المتزوجة بغير شهود او بغير اذن الولي او وطي امة تزوجها على حرة او تزوج خمسا في عقد
فوطئهن او وطي مجوسية او مشتركة تزوجها او جمع بين اختين في عقد فوطئهما او الاجيرة لو كانا
متعاقبين في جميع ذلك لا يجب الحد عنده كيف ما كان قال رحمه الله وباجنبية في غير قبل وبلواطة
اي لا يجب الحد بوطي امراة اجنبية في غير قبلها ولا باللواطة وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف
ومحمد والشافعي هو كالزنا فيحد حد الزنا فيرجم ان كان محصنا والا يجلد لما روي عن علي رضي الله عنه
ولانه في معنى الزنا لان فيه قضاء الشهوة بسفح الماء في محل مشتهى على سبيل الكمال على وجه تمحض حراما
كالزنا في القبل بل فوقه لانه في الزنا يتوهم منه حدوث ولد يعبد ربه ولا يتوهم في عمل قوم لوط فكان
فوقه في تضييع الماء فكان ادعى الى الزاجر ولا خفاء في كونه مشتهى لان المحل انما يشتهى باللين والحرارة
والدبر في هذا المعنى كالقبل ولهذا يرغب فيه العقلاء كما يرغب في القبل ويكنى ويتوعد كالزنا بل اشد
واشد حرمة منه لانه في الزنا تمكن ازالة الحرمة بالتزوج والشراء ولا يمكن في عمل قوم لوط فكان ادعى
الى الزاجر من هذا الوجه ايضا وقال الشافعي في رواية عنه انهما يقتلان فقط سواء كانا محصنين او لم
يكونا لما روي عن عكرمة عن ابن عباس انه قال من وجدتموه يعمل عمل قوم لوط فاقتلوا الفاعل والمفعول
به رواه احمد وابو داود وغيرهما وعن سعيد بن جبير ومجاهد عن ابن عباس في البكر يوجد على اللوطية
قال يرجم رواه ابو داود ولنا انه ليس بزنا لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم في موجبه مع علمهم بحكم الزنا
فمن مذهب ابي بكر الصديق ان يحرقا بالنار ومذهب ابن عباس ان يعلى بهما اعلى مكان من القرية
ثم يلقيا منكسين لقوله تعالى فجعلنا عاليها سافلها وامطرنا عليهم حجارة من سجيل ومذهب ابن الزبير
ان يحبسا في انتن المواضع حتى يموتا نتنا وكان علي يقول حكمه حكم الزنا من الجلد والرجم وعن بعضهم يهدم
عليهما جدار او كل ذلك بالاجتهاد والحدود لا تثبت به ولا بخبر الواحد وكذا عند اهل اللغة لا يسمونه
هذا زنا وانما يسمونه لواطة قال الشاعر من كف ذات حر في زي ذي ذكر لها محبان لوطي وزناء فافراد
كل واحد باسم يدل على تغايرهما ولا يمكن الحاقه بالزنا بطريق الدلالة لان شرط الدلالة ان يكون
مثله واللواطة ليست مثل الزنا لان في اللواطة قصورا دون الزنا الا ترى ان الداعي في الزنا من الجانبين
ويؤدي الى اشتباه النسب وافساد الفراش واهلاك البشر باعتبار انه يفضي الى ولد ليس له اب يقوم بتربيته
بيته ونفقته فيكون هالكا وليس شي من هذه الاشياء بموجود في اللواطة وهي اندر وقوعا لكون
الداعي فيها من جانب واحد ولم يشابهه الا في الحرمة وذلك لا يجوز الالحاق به الا ترى ان البول مثل
الخمر في الحرمة ولا يلحق بها في حق وجوب الحد على شاربه لقصور فيه كذا هنا لاجل قصوره امتنع الالحاق
به وسفح الماء ليس
بمحظور الا ترى انه
يجوز العزل في المملوكة
وكذا المنكوحة برضاها
وما رواه الشافعي لم يصح
لانه لو صح لظهرت الحاجة
بين الصحابة وارتفع الخلاف
من بينهم ولئن صح
فهو محمول على السياسة
او هو محمول على
المستحل او رأى الامام
قتل من اعتاده مصلحة

٩٤

جاز له قتله او تحمل ذلك على المستحل له ثم اذا لم يجب الحد عنده يوجع ضربا وزاد في الجامع الصغير فقال و
يودع في السجن هذا ان فعل في الاجانب اما اذا فعل في عبده او امته او منكوحته لا يجب الحد بالاجماع و
انما يعزر لارتكابه المحظور قال رحمه الله وبهيمة اي لا يجب الحد بوطي بهيمة وقال الشافعي يجب لانه
وجد سفح الماء في محل مشتهى فيستدعي زاجرا [illegible] وطي البهيمة لا يميل اليه الطبع فلا يستدعي زاجرا لوجود
الانزجار بدون الحد والحامل عليه نهاية السفه وغلبة الشبق كما يكون بالكف ولهذا لا يجب ستر ذلك الموضع
ولو كان مشتهى لوجب ستره كما في القبل والدبر الا انه يعزر لانه جناية ليس فيها حد مقدر وما روي
عن عمر انه اتي برجل وقع في بهيمة فعزر الرجل وامر بالبهيمة فاحرقت كان لقطع التحدث به لانه ما دامت
باقية تحدث الناس به فيلحقه العار بذلك لا لان الاحراق واجب ثم ان كانت الدابة مما لا يؤكل لحمها تذبح وتحرق
لما ذكرنا وان كانت مما يؤكل لحمها تذبح وتؤكل عند ابي حنيفة وقالا تحرق هذه ايضا هذا اذا كانت البهيمة
للفاعل وان كانت لغيره يطالبه صاحبها الى ان يدفعها اليه بقيمتها ثم تذبح هكذا ذكروا ولا يعرف ذلك الا
سماعا فيحمل عليه قال رحمه الله وبزنا في دار الحرب او بغي اي لا يجب الحد بالزنا في دار الحرب او في دار البغي وقال
الشافعي يجب لان المسلم يلتزم احكام الاسلام حيث كان ومن حكمه وجوب الحد على الزاني ولنا قوله عليه
الصلاة والسلام لا تقام الحدود في دار الحرب ولانه لم يجب لذاته وانما وجب لمقصوده وهو الانزجار والا
ستيفاء فاذا لم يكن الاستيفاء فلا يجب لخلوه عن الفائدة ولا يتحقق الاستيفاء هناك لانه ليس له ولاية على
نفسه حتى يقيمه على نفسه ولا لامامنا ولاية عليهم حتى يقيمها هنالك فامتنع الوجوب لعدم الفائدة وهو
الاستيفاء فاذا لم ينعقد موجبا من الابتداء فلا ينقلب موجبا بالخروج الينا ولو غزا الخليفة ودخل دار الحرب
او امير مصر فله ان يقيم الحد على من زنى في معسكره لان العسكر تحت ولايته فيقيم الحد على من زنى منهم
كما يقيم في دار الاسلام ولو زنى واحد منهم خارج العسكر لا يقيم الحد عليه لما ذكرنا فصار كالمستامن
في دار الحرب اذا زنى هناك ولو دخلت سرية دار الحرب فزنى رجل منهم لم يحد وكذا امير العسكر لا يقيم
الحد والقصاص لان امير العسكر والسرية فوض اليهما تدبير الحروب لا لاقامة الحدود ثم اذا خرج
لا يقام عليه الحد لما روينا وذكرنا من المعنى فان قيل هذا معارض لقوله تعالى فاجلدوا فلا يقبل قلنا
خص منها مواضع الشبهة من ذلك فبعد ذلك يجوز تخصيصه بخبر الواحد والقياس واهل البغي التحقوا
باهل الحرب لعدم قدرة الامام عليهم قال رحمه الله وبزنا حربي بذمية في حقه اي لا يجب الحد بزنا رجل
حربي مستامن بذمية في حق الحربي المستامن واما الذمية فتحد وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وكذا لو
زنى بمسلمة تحد المسلمة دونه عنده وعند ابي يوسف يحد ويحد المستامن ايضا وعند محمد لا يحد واحد
منهما ولو كان بالعكس بان زنى مسلم او ذمي بمستامنة تحد الذمي والمسلم دون المستامنة عند
ابي حنيفة ومحمد
وعند ابي يوسف تحد
المستامنة ايضا وابو
يوسف كان يقول
مثل قول محمد اولا
ثم رجع عنه الى ما ذكرنا
ان الحدود كلها تقام
على المستامن والمستامنة
اذا زنيا في دارنا ولا حد
كما لا يقام على الذمي والذمية
لان المستامن يعتقد
حرمة الزنا لكونه حراما
في كل الاديان فيجب
على الامام اقامته
عليه وقد التزم

احكامنا فيما يرجع الى المعاملات والتبايعات مدة مقامه في دارنا كالذمي التزم هذا مدة حياته الا
ترى انه يقام عليه حد القذف والقصاص ويمنع من الزنا وشراء العبد المسلم والمصحف ويجبر على
بيعهما ان اشتراهما كما يجبر الذمي بخلاف حد الشرب لانه يعتقد حله فلا يقام الحد عليه كما لا يقام على
الذمي لانا امرنا بان نتركهم وما يعتقدون والاصل عند ابي حنيفة انه لا يقام على المستامن والمستامنة
شيء من الحدود الا حد القذف لان الاقامة تنبني على الولاية والولاية تنبني على الالتزام اذ لو الزمناه حكما
بدون التزامه ادى تنفيره من ديارنا وقد ندبنا الى معاملة تحمله على الدخول في ديارنا ليرى محاسن
الاسلام فيسلم وهو بالامان التزم حقوق العباد لان دخوله لقضاء حاجته وهي تحصل بذلك فالتزم
ان ينصفهم كما ينتصف وان لا يوذي احدا كما لا يوذي فيلزمه بالتزامه واما حقوق الله تعالى
فلا تلزمه لانه لم يلتزمها الا ترى انه لم تضرب عليه الجزية ولم يمنع من رجوعه الى دار الحرب ومنع الكافر
من ان يكون حربا علينا واجب علينا حقا لله تعالى فعلم بذلك انه حربي على حاله ولهذا لا يقتل
المسلم به ولا الذمي به ولم يظهر حكم الامان بالنسبة الى حقوق الله تعالى بخلاف الذمي فانه بالامان
صار من اهل دار الاسلام فتجري عليه احكامها في الدنيا واما القصاص وحد القذف فمن حقوق العباد
لان في تركه تقليده وهو المسلم بالاذلال والاستخفاف بالمصحف وقد التزم بالامان ان لا يلزم الاحتمال في
الصبر على ذلك فلا تمكنه منه ومحمد رحمه الله يقول كذلك في جميع ما ذكرنا غير انه يقول فعل الرجل
اصل وفعل المراة يقع والفعل قائم بالفاعل فصار محلا له والحال كالشروط وامتناع الحد في حق
الاصل يوجب امتناعه في حق التبع وهذا لان الحد انما يجب عليهما بالتمكين من فعل موجب للحد
وفعله هنا لا يوجب الحد ان كان مستامنا فكذا تمكينها منه واما اذا كانت هي المستامنة فسقوط الحد
عنها وهي تبع لا يوجب سقوطه عنه وهو اصل كما ذكرنا نظيره في فعل الصغير والمجنون مع البالغ
العاقل فان البالغ العاقل اذا زنى بصغيرة او مجنونة يجب عليه الحد دونهما وان زنت البالغة
العاقلة بصغير او مجنون لا يجب عليها الحد لما ذكرنا وابو حنيفة يقول ان الموجب للحد عليها
هو التمكين من الفعل الفاحش وهو الزنا وقد وجد لان فعل المستامن زنا لان الكافر مخاطب
بالحرمات في الصحيح وان لم يكن مخاطبا عندنا بالعبادات على ما عرف في موضعه ولهذا الحد
الذمي ويسقط به احصانه واحصان المستامن حتى لو قذفهما قاذف بعد اسلامهما لا يجب عليه
الحد لكونه صادقا فيهما لتحقق الزنا منهما في حالة الكفر وانما لم يحد المستامن لفقد شرطه على ما
بينا انفا فصار نظير ما لو غاب الرجل بعد ثبوت زناهما والمراة حاضرة بخلاف الصبي والمجنون
لانهما ليسا بمخاطبين فلم يكن فعلهما زنا والتمكين منه لا يوجب الحد عليهما وعن كذا فعل المراة تبع
قلنا انه تبع وهو تبع نفسه
الفعل لانه فعل الاثر
ان المراة اذا كانت محصنة
والرجل غير محصن تحد
الرجل ونرجم المراة ولا نقيد
ثم الحد فيه ولا تكون تبعه
فحققوا نظير هذا الاختلاف
لو زنت مطاوعة عكره بحد
المراة دونه عنده
محمد لا تحد كما ذكرنا
ولو زنا ... وعنده

مستامن بمستامنة لا حد عليهما عندهما خلافا لابي يوسف وقد بينا الوجه من الجانبين **قال** رحمه الله
وان زنى صبي او مجنون بمكلفة بخلاف عكسه ان لا يجب الحد اذا زنا الصبي او المجنون بامراة مكلفة وهي
البالغة العاقلة بخلاف العكس وهو ما اذا زنى العاقل البالغ بصبية او مجنونة حيث يجب الحد على
الرجل وقال الشافعي وزفر يجب على المراة في الفصل الاول ايضا لانها زانية لان الزنا هو قضاء
الشهوة بالوطي الخالي عن الملك وشبهته وقد وجد ذلك فكان زنا والزنا منها متصور الا ترى ان الله تعالى
سماها زانية بقوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ولهذا امر بجلدها
بالحد ولو لم يتصور الزنا منها لما حد قاذفها كقاذف الصبي والمجنون فاذا كان زنا فامتناع وجوب
الحد لمعنى يخصه لا يوجب الامتناع في حقها كما في العكس وهو ما اذا زنى البالغ العاقل بالصبية او المجنونة
فانه عليه الحد اجماعا فكذا هذا **ولنا** ان فعل الزنا لا يتحقق من الانثى وانما يتحقق من الذكر ولهذا يسمى
زانيا والموطوءة والمراة موطوءة ومزنيا بها الا انها سميت زانية مجازا تسمية للمفعول به باسم الفاعل
كالراضية لعيشة والدافق للمدفوق او لكونها متسببة بالتمكين فيتعلق الحد في حقها بالتمكين من الزنا
وهو فعل من هو مخاطب بالكف عنه ومعد ثم على مباشرته وفعل الصبي والمجنون ليس بهذه الصفة فلا يكون
فعلهما موجبا للحد اذ هو ليس بزنا وانما يسمى فعلها زنا اذا امكنت من الزنا تبعا وفعلهما ليس بزنا
فلا يكون فعلها ايضا زنا وهذا لانها مكنت من نفسها فاعلا لا ياثم ولا يحرج فلا يوجب عليها الحد كتمكينها
من زوجها او من النائم بخلاف العكس لان فعل الرجل هو الاصل وهو زنا حقيقة وعدمه في التبع لا يدل
على عدم في الاصل وانما يجب الحد على قاذفها وان لم يتصور منها زنا حقيقة للحاق العار بها بتسببها
الى التمكين من الزنا وهو وصف قبيح في حقها فلهذا يجب الحد عليها به لا لانها زنت حقيقة وعبارات
اصحابنا ان فعلها تبع ليس بزنا حقيقة والكلام احصانها لا يسقط بذلك كما لا يسقط احصان الصبي و
المجنون به حتى يجب الحد على قاذفهما بعد البلوغ والافاقة ثم وطي الصبي يوجب المهر اذا كانت الموطوءة
صغيرة او كبيرة غير مطاوعة او امة لان الوطي لا يخلو عن الحد او المهر وقد انتفى الحد فتعين المهر
لان الصبي يواخذ بفعله ورضى الصغيرة والامة لم يصح فكذا امرهما لعدم الولاية على انفسهما وان
كانت الموطوءة كبيرة مطاوعة لا يجب لها عليه المهر لانه لو وجب لرجع بها به عليها لانه فعل بامرها
وامرها صحيح لولايتها على نفسها ومن امر صبيا بشيء ولحقه بذلك ضمان يرجع به المولى على الامر
فلا يفيد **قال** وبالزنا بمستاجرة اي لا يجب الحد بالزنا بامراة استاجرها ليزني بها اما لو استاجرها
لغيرها كالخدمة فزنى بها يجب عليه الحد وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي رضي الله عنهم يجب
عليه الحد في الاول ايضا لانه ليس بينهما ملك ولا شبهة فكان زنا محضا فيحد وهذا لان الاستيجار
ليس بطريق الاستباحة
الابضاع شرعا فكان
فهو كما لو استاجرها
لطبخ او لخبز ثم زنا
بها لان محل الاجارة
المنافع لا الاعيان والمستوفى
بالوطي عين علم العين ما عرف
في موضعه والعقد لا ينعقد
بغير محله اصلا ولهذا لا يثبت
بهذا الوطي النسب والعدة
ولو كان سببه الانعقاد

لسيما ولابي حنيفة ما روي ان امراة طلبت من رجل مالا فابى ان يعطيها حتى تمكنه من نفسها فدرأ
عمر رضي الله عنه الحد عنهما وقال هذا امهرها ولان الله تعالى سمى المهر اجرا بقوله تعالى فما استمتعتم به منهن فآ
توهن اجورهن فصار شبهة لان الشبهة ما يشبه الحقيقة الا ترى انه لو قال امهرتك كذا لازني بك
لم يجب الحد فكذا اذا قال استاجرتك او خذي هذا لاطأك او تمكنيني من نفسك بكذا ولان المستوفى
بالوطء منفعة حقيقة وان كان في حكم العين شرعا فباعتبار الحقيقة يقتضي ان يكون محلا للاجارة فاورث
شبهة بخلاف ما اذا استاجرها للطبخ والخبز لان العقد ثم لم يضف الى المستوفى بالوطء والعقد المضاف
الى المحل يورث الشبهة في ذلك المحل لا في محل آخر قال ومن اكره اي لا يجب الحد بالزنى بالاكراه وهذا
اذا اكرهه السلطان وكان ابو حنيفة يقول اولا يجب الحد وهو قول زفر رحمه الله لان الزنا من الرجل لا
يكون الا بعد انتشار الآلة وذلك دليل الاختيار والطواعية فلا يسقط الحد بخلاف المراة حيث لا تحد
لانه لم يوجد منها دليل الاختيار ولانها مرخص لها هذا الفعل اذا خافت على نفسها او على عضو من
اعضائها لكون نسب الولد لا ينقطع عنها ولهذا يوجب العقر من الاكراه في حقها شبهة ولا عقوبة
في المرخص بخلاف الرجل لانه ليس بمرخص له فيمكن ترتيب العقوبة على فعله ثم رجع وقال لا يحد لانه
شرع للزجر وهو منزجر وانما اقدم عليه لدفع الهلاك عن نفسه فلا يحد كالمراة وانتشار الآلة لا يدل
على الاختيار لانه قد يكون طبعا كما يكون طوعا الا ترى ان النايم قد تنتشر آلته وان لم يكن له قصد
واختيار وان اكرهه غير السلطان حد عند ابي حنيفة وعندهما لا يحد لتحقق الاكراه من غيره لان المعتبر
خوف التلف وذلك لا يختلف بين قادر وقادر بل من غير السلطان اظهر لانه يكون على عجلة خوفا على
نفسه من اولي الامر فيستعجل قبل ظهور الامر ولابي حنيفة ان الاكراه من غيره لا يدوم الا نادرا
لان المبتلى به يستغيث بالسلطان او بجماعة المسلمين او يدفع عن نفسه بالسلاح او بالحيل وهذا اختلاف
عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان فكان في زمنه السلطان ذا قوة ولا يتجاسر احد على الاجتماع
على الفساد وفي زمنهما ظهرت القوة للمتغلبين فافتى كل واحد منهم على ما شاهد في زمانه وزماننا
كزمانهما والفتوى بقولهما ولذلك اطلقه في المختصر ولم يقيده بالسلطان قال ومن اقر
ان انكره الآخر اي لا يجب الحد باقرار احد الزانيين اذا انكره الآخر وهذا على اطلاقه قول ابي حنيفة وعندهما
ان ادعى المنكر منهما الشبهة بان قال تزوجته فهو كما قال وان انكر بان قال ما زنيت ولم يدع
ما يسقط الحد وجب على المقر الحد دون المنكر وجه الموافقة ان دعوى النكاح تحتمل الصدق والنكاح يقوم
بالطرفين فاورث شبهة فسقط الحد ولهما في الخلافية عن سهل بن سعد ان رجلا جاء الى النبي عليه
السلام فقال انه قد زنا بامراة سماها فارسل النبي صلى الله عليه وسلم الى المراة فدعاها فسالها عما
قال فانكرت فحده
ولم يحدها رواه احمد وابو
داود ولان اقرار
المقر حجة عليه وتكذيبه
عنده لا يوجب تهمة في
اقراره خصوصا في الحدود
فصار كما لو قال انا وفلان
قتلنا فلانا عمدا وانكر شريكه
فان المقر يقتص منه فكذا هذا
ولابي حنيفة ان الزنا
فعل مشترك بينهما قايم بهما

وانتفاؤه عن احدهما يورث شبهة في الآخر اذ لا يتصور الا منهما بخلاف مسالة القتل لانه
يحتمل ان ينفرد به المقر لانه يتحقق من واحد ونظيره ان يقر بالزنا على نفسه وعلى رجل آخر
بان يقول زنيت بها انا وفلان وانكر المنكر يحتمل ان يكون صادقا بانكاره فيورث شبهة في حق الآخر
كما اذا ادعى احدهما النكاح بخلاف ما اذا اقر انه زنا بغايبة او شهد عليه بذلك حيث يحد وان احتمل ان
تنكر الغايبة الزنا او تدعي النكاح لانه لو حضر وانكر الزنا او ادعى النكاح يكون شبهة واحتمال ذلك يكون
شبهة الشبهة فالشبهة هي المعتبرة دون شبهة الشبهة ثم اذا سقط الحد يجب المهر تعظيما لامر البضع
شرعا ولا يقال كيف يجب لها المهر وهي منكرة اذا كانت هي المقرة بالزنا لانا نقول وجوب المهر
من ضروريات سقوط الحد فلا يعتبر ردها او نقول صارت مكذبة شرعا بسقوط الحد فلا يلتفت الى
تكذيبها كما اذا ادعى رجل انه تزوج امراة فانكرت واقام عليها البينة يجب عليه لها المهر
وان انكرت لما ذكرنا فكذا هنا قال ومن زنا بامة فقتلها لزمه الحد والقيمة مراده قتلها
بفعل الزنا لانه جنى جنايتين فيوفر على كل واحد منهما حكمها الحد بالزنا والقيمة بالقتل كما اذا
زنا ثم جنى قبلها ولا يقال لما ماتت بفعل الزنا صار الزنا قتلا فوجب ان لا يعتبر الا القتل
ويسقط اعتبار الزنا كقطع اليد اذا سرى ومات صار قتلا وسقط اعتبار القطع حتى لا يجب الا ضمان
النفس من الدية او القصاص لانا نقول ضمان اليد بدل اليد وضمان النفس بدل النفس مع اليد تابعة
للنفس كساير الاعضاء فان الاعضاء تهلك بهلاك النفس تبعا ويدخل ضمانها في ضمان النفس بخلاف
الحد وضمان النفس لانهما حقان مختلفان وجنايتين مختلفتين احدهما بالزنا والآخر باتلاف النفس
كمن شرب خمر الذمي فانه يحد ويضمن قيمة الخمر للذمي لما قلنا وعن ابي يوسف انه لا يحد لان
تقرر ضمان القيمة عليه كقتله اياها بفعل الزنا سبب لملكه اياها لان المضمونات تملك عند اداء
الضمان مستندا الى وقت وجود الضمان فصار كما لو غصب جارية فزنى بها ثم ضمن قيمتها فانه
فانه يسقط الحد به فكذا هنا ولان اعتراض الملك قبل اقامة الحد يسقط كما اذا ملك المسروق قبل
القطع ولهما ان ضمان قتل فلا يوجب الملك لانه ليس بضمان مال وانما هو ضمان الدم وهو بمقابلة الآ
دمية وهي لا تقبل الملك ولهذا تجب على العاقلة مقسطا على ثلاث سنين وتجب به الكفارة ولو كان ضمان
مال لما وجب على العاقلة ولا الكفارة بخلاف ضمان الغصب لانه ضمان المال ولهذا تجب على الغاصب وحده دون
عاقلته ولا نسلم ان اعتراض الملك قبل اقامة الحد يوجب سقوط الحد وانما يسقط في السرقة لان بها الخصومة
وهي شرط فيه لا في حد الزنا ولو استند الملك كما قال كان يظهر في حق القايم وهو العين لا في حق المتلاشي
وهو المستوفى من منافع البضع فلا يظهر الاستناد في حقه حتى يجعل كانه استوفى في ملكه بل المستوفى
حرام محض فلا يسقط
الحد بتملك العين بعده
ولان وجوب القيمة يكون
بعد تقرر الجناية بالموت
وهي ليست محلا للملك بخلاف
ما اذا ذهب عينها بالزنا
حيث تجب عليه قيمتها ويسقط
الحد لان الملك ثبت في الجثة
العمياء بضمان القيمة وهي عين
فاورثت شبهة دارية للحد
اذ العين باقية فملكت

ابقاء المنافع تبعا لها بخلاف ما اذا هلكت وعلى هذا الخلاف لو تزوجها او اشتراها بعد ما زنى بها او زنى
بها ثم غصبها وضمن قيمتها وقد بينا الوجه من الجانبين وان جنت الامة فزنى بها ولي الجناية فان كانت
الجناية توجب القصاص بان قتلت نفسا عمدا فلا حد عليه وعليه العقر لان من العلماء من قال يملكها
في هذه الصورة فاورثت شبهة وان كانت الجناية لا توجب القصاص فان فداها المولى يجب عليه الحد بالا
تفاق لان الثاني لا يملك الجثة وان دفعها بالجناية فعلى الخلاف والوجه ما بيناه ولو زنى بالحرة فقتلها يجب
الحد مع الدية بالاجماع لان الحرة لا تملك بالضمان ولو زنى بكبيرة فافضاها فان كانت مطاوعة له من غير
دعوى شبهة فعليهما الحد ولا شيء عليه في الافضاء لرضاها به ولا مهر لها لوجوب الحد وان كان مع دعوى
شبهة فلا حد ولا شيء في الافضاء ويجب العقر وان كانت مكرهة من غير دعوى شبهة فعليه الحد دونها
ولا مهر لها ثم ينظر في الافضاء فان لم تستمسك بولها فعليه دية المرأة كاملة لانه فوت جنس
المنفعة على الكمال وان كانت تستمسك بولها فعليه ثلث الدية لانها جناية جائفة وان كان مع دعوى
شبهة فلا حد عليهما ثم ان كان البول يستمسك فعليه ثلث الدية ويجب المهر في ظاهر الرواية وان لم يستمسك
فعليه الدية كاملة ولا يجب المهر عندهما خلافا لمحمد لما ذكره وان كانت صغيرة يجامع مثلها فهي كالكبيرة
فيما ذكرنا الا في حق سقوط الارش برضاها وان كانت صغيرة لا يجامع مثلها فان كانت تستمسك بولها
لزمه ثلث الدية والمهر كاملا ولا حد عليه لتمكن القصور في معنى الزنا وهو الايلاج في قبل مشتهاة ولهذا لا
يثبت به حرمة المصاهرة والوطء الحرام في دار الاسلام يوجب المهر اذا انتفى الحد ويجب ثلث الدية لكونه
جائفة على ما بينا وان كانت لا تستمسك يضمن الدية ولا يضمن المهر عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال
محمد يضمن المهر ايضا لما ذكرنا ولهما ان الدية ضمان كل العضو والمهر ضمان جزء منه وضمان الجزء
يدخل في ضمان الكل اذا كان في عضو واحد كما اذا قطع اصبع انسان ثم قطع كفه قبل البرء يدخل ارش
الاصبع في ارش الكف ويسقط اعتبار هذا الوطء لوجود صورة الزنا وهو الوطء الحرام [illegible]
كسر فخذ امرأة في الزنا او جرحها ضمن الدية في ماله وحد لانه شبه العمد وفي شبه العمد تجب الدية في
ماله وحد لانه شبه العمد وفي شبه العمد تجب الدية في ماله يعني به فيما دون النفس **قال** رحمه الله والخليفة
يوخذ بالقصاص وبالاموال لا بالحد يعني مثل حد الزنا والشرب والقذف لان الحدود حق الله وهو المكلف
باقامتها لا يتهيأ من الاربعة المفوضة الى الامام على ما بينا ولا يقدر على اقامتها على نفسه لان اقامتها بطريق
الخزي والنكال ليتزجر ولا يفعل ذلك احد بنفسه ولا ينزجر بمعاقبة نفسه اذ لا خلاص من نفسه ولا يبالي بها فلا
تفيد وفعل نائبه كفعله لانه بامره فاذا لم يفده لا يشرع لان الاسباب انما تشرع لاحكامها فاذا لم تفد
احكامها لا تكون مشروعة ولهذا لم تشرع في دار الحرب ثم بعد ذلك لا ينقلب موجبة لانها انعقدت غير
موجبة [illegible] زنا في دار الحرب [illegible] استيفاؤه [illegible] القصاص والاموال [illegible] الاستيفاء [illegible] القضاء [illegible] من غير حكم حاكم [illegible] الى الامام ليتمكن من ذلك

من الامام اما بتمكنه هو بنفسه او بالاستعانة بمعونة المسلمين عليه والله اعلم **باب**
الشهادة على الزنا والرجوع عنها قال شهدوا بحد متقادم سوى حد القذف لم يحد معناه
اذا لم يمنعهم عن الشهادة على الفور بعدهم عن الامام وحد التقادم شهر تعرف ذلك عن ابي يوسف ومحمد وابو
حنيفة لم يقدره بشيء وفوضه الى راي القاضي على ما هو دابه في المقدرات المترددة بين القليل والكثير واشار
في الجامع الصغير الى انه مقدر بستة اشهر فانه قال واذا شهد الشهود عليه بسرقة او بشرب خمر او
بزنا بعد حين لم يؤخذ به وضمن السرقة وكذا اشار الطحاوي رحمه الله اليه والاول اصح وهو مروي عن ابي
حنيفة لان الشهر وما فوقه آجل وما دونه عاجل اصله مسالة اليمين فيما اذا حلف ليقضين دينه فلانا
عاجلا فان قضاه فيما دون الشهر بر والا فلا وحد التقادم في شرب الخمر والسكر بغيبتها انقطاع الرائحة
خلافا لمحمد فهو يجعل لغيره من الحدود على ما يجيء في موضعه والارتداد لا يمنع بالتقادم خلافا لزفر هو يعتبره
بالبينة التي هي احدى الحجتين وقال الشافعي لا تبطل الحدود بالتقادم لان الشهادة انما صارت حجة باعتبار
وصف الصدق وتقادم العهد لا يخل بالصدق فلا يخرج من ان يكون حجة كالاقرار وحقوق العباد
ولنا قول عمر رضي الله عنه ايما قوم شهدوا على حد لم يشهدوا به عند حضرته فانما هم شهود ضغن ولا
شهادة لهم ولان الشاهد متى عاين الزنا وتخير فهو مخير بين حسبتين حسبة اداء الشهادة لتقادم
الحد فيحصل الانزجار قال الله تعالى واقيموا الشهادة لله وحسبة الستر على المسلم فان الشرع ندب اليه قال عليه
الصلاة والسلام من ستر على اخيه المسلم عورة ستر الله عليه عوراته يوم القيامة وقال تعالى والذين
يحبون ان تشيع الفاحشة في الذين امنوا لهم عذاب اليم ثم ما حبسهم الاداء لا يخلو اما ان يكون للستر
او لا فان كان للستر فالاقدام على الاداء بعد ذلك لضغينة حركتهم فيتهمون فيها ولا شهادة للمتهم
وان كان لا للستر صاروا واثمين فاسقين بالتاخير لان اداء الشهادة من الواجبات وتاخيرها فسق
ولهذا لو اخر الشهادة في حقوق العباد بعد طلب المدعي بلا عذر لا تقبل شهادته بخلاف الاقرار لان
تهمة الضغينة لا يتصور فيه لانه لا يعادي نفسه ولان الاقرار لا يبطل بالتهمة والفسق بخلاف حد القذف
وحقوق العباد لان الدعوى فيها شرط والتاخير لعدم الدعوى اذ لا يصح بدونها فكانوا معذورين
بالتاخير فان قيل الدعوى شرط في السرقة ومع هذا لا يقبل الشهادة فيها بالتقادم **قلنا** الدعوى
ليس بشرط في الحد وانما تشترط للمال ولهذا لو شهدا كاشاهدان على السرقة بدون الدعوى تقبل شهادتهما
ويحبس السارق الى ان يجيء المسروق منه وانما لا يقطع لاحتمال ان يكون المسروق ماله لا يعرفه السارق
فيتهمون بالتاخير فلا تقبل شهادتهم ولان السارق يقام على وجه الاستتار على غيبة من المالك
فيجب على من عرف اعلامه فيصير فاسقا بالكتمان ولان الحكم يدار على كونه حقا لله فلا يعتبر التهمة في كل
فرد من افراده [illegible] التهمة امر [illegible] الصورة [illegible] القضاء في الحدود [illegible] التقادم [illegible] الشهادة [illegible] بعد القضاء [illegible]

بدليل عمي الشهود وردتهم بعد القضاء قبل الامضاء حيث يسقط الحد عن المشهود عليه ولا يجب الحد على الشهود
ولان سقوط الحد عنه الثاني لنوع شبهة ولا يصلح ذلك لايجاب الحد على الشهود **قال** ويضمن المال اي اذا لم
تقبل شهادتهم بالسرقة المتقادمة في حق الحد لكونه حق الله يقبل في حق المال ويضمنه لان التقادم يمنع الشهادة
بالحد للتهمة ولا يمنع بالمال لعدم التهمة ولان المال يثبت مع الشبهة ايضا فصار نظير ما لو شهد رجل
وامرأتان بالسرقة فانه يثبت به المال ولا يجب القطع **قال** ولو شهدوا انه زنا بغائبة حد بخلاف السرقة وكذا
اذا اقر انه زنا بغائبة لانه عليه الصلاة والسلام رجم ماعزا والغامدية حين اقرا بالزنا بغائبين ولان
الزنا قد ثبت بالحجة فيجب الحد بخلاف ما اذا شهدوا بانه سرق من فلان الغائب حيث لا يجب الحد لان
الغيبة تفوت الدعوى وهي شرط في السرقة بثبوت الملك للغائب في المال المسروق ولا يقدرون على ذلك
الا بحضرته فان قيل ينبغي ان لا تحد في الزنا ايضا مع غيبة المحصنة الغائب لاحتمال ان يدعي النكاح فيكون
شبهة **قلنا** دعوى النكاح شبهة لاحتمال الصدق فيعتبر واحتمال الدعوى شبهة الشبهة فلا يعتبر
لان اعتبارها يؤدي الى سد باب الحدود ولا يقال ينتقض هذا بالقصاص اذا كان بين شريكين
وكان احدهما غائبا لا يتمكن الحاضر من الاستيفاء لاحتمال العفو من الغائب لانا نقول العفو
حقيقة المسقط واحتماله يكون شبهة المسقط لا شبهة الشبهة **قال** وان اقر بالزنا بمجهولة
حد وان شهدوا عليه بذلك لا لانهم لما لم يعرفوها او في البلد ولو على كل زنا اربعة اي لو اقر
انه زنا بامرأة لا يعرفها يجب عليه الحد وان شهد عليه الشهود بذلك بان قالوا زنا بامرأة لا نعرفها
لا يجب عليه الحد كما لا يجب عليه اذا اختلفوا في طواعيتها بان قال اثنان زنا بها وهي مكرهة وقال آخران
انها طاوعته او في البلد بان قال بعضهم زنا بها بالكوفة وبعضهم قال زنى بها بالبصرة وان تم في كل
زنا اربعة اما الاول وهو ما اذا اقر انه زنا بمجهولة فلانه لو كانت امرأته او امته لعرفها لانه لا يخفى
عليه امرأته ولا امته فان قيل قد تشتبه عليه امرأته بان لم تزف اليه **قلنا** الانسان لا يقدم على نفسه كاذبا ولا
حال الاشتباه فلما اقر انتفى كون الموطوءة امرأته ولا يعتبر الاحتمال البعيد بان تكون امة بجهة
من الجهات كالارث وهو لا يعرف ذلك او بان تقع الذمي مملوكة له او مملوكات ابايه لان ذلك يؤدي
الى انسداد باب اقامة الحدود لان ذلك يحتمل في المعروفة ايضا كما يحتمل في المجهولة واما الثاني وهو
ما اذا شهد الشهود عليه بذلك فانه لا يحد لانه يحتمل ان يكون امرأته او امته بل هو الظاهر لان المسلم
يمنعه دينه عن ارتكاب الحرام ظاهرا ولا يلزم من عدم معرفة الشهود الموطوءة ان تكون زنا بخلاف
ما اذا لم يعرفها الجاني واما الثالث وهو ما اذا اختلفوا في طوع المرأة فلانه زنا آن مختلفان ولم يكمل في كل واحد
منهما نصاب لان زناها طوعا غير زناها مكرهة فلا حد وهذا عند ابي حنيفة وزفر وقالا يجب الحد على

عنهما بشهادة شاهدين لا اربعة لان زناها مكرهة يسقط احصانها فان من قذف امرأة ثم
اقام شاهدين انها زنت مكرهة يسقط ~~احصانها~~ الحد عن القاذف واعتبار عدد الاربعة في الشهادة
على الزنا الموجب للحد وهذا شهادة على سقوط احصانها وسقوط الاحصان يثبت بشهادة
الاحصان ذكره في الكافي وهذا التخريج يستقيم على ~~سقوط احصانها وسقوط الاحصان~~ قولهما واما
على قول ابي حنيفة فان اتفاق الشهود الاربعة على النسبة الى الزنا بلفظ الشهادة مخرج لكلامهم من
ان يكون قذفا على ما بيناه من قبل وغاية اختلاف الطريق يظهر فيما اذا شهد ثلاثة ايضا انها طاوعته
وشهد واحد انه اكرهها فعلى قوله لا يقام الحد على واحد منهم لما قلنا وعندهما يقام على الثلاثة لانهم
قذفة ولم يسقط احصانها بشهادة القذف واما اذا اختلفوا في البلد بان لم يتم نصاب الشهادة بالزنا في كل
بلد بان شهد اثنان انه زنا بها بالكوفة واثنان انه زنا بها بالبصرة فلا اشكال في انه لا يجب الحد
عليهما لان المشهود به مختلف لان الفعل يختلف باختلاف الاماكن ولم يتم في كل واحد منهما نصاب فلم يثبت
فلم يحد او لا يحد الشهود ايضا وقال زفر يحدون لان العدد لم يتكامل في كل زنا فصاروا قذفة **قلنا**
ان كلامهم وقع شهادة صورة لاجتماع شرائطها من الاهلية ولفظ الشهادة وتمام العدد في حق المشهود
عليه فلا يجب الحد على القاذف باعتبار الصورة واعتبرنا نقصان العدد في حق المشهود به فقلنا لا يجب عليهما
حد الزنا اعتبارا للحقيقة وعلى هذا الخلاف اذا جاء القاذف باربعة شهداء فشهد اثنان انه زنا في بلد
وشهد آخران انه زنا في بلد آخر فظاهر الآية يقتضي سقوط الحد عن القاذف وهو قوله تعالى والذين يرمون
المحصنات ثم لم يأتوا باربعة شهداء اشترط شهادة الاربع لسقوط الحد والاحصان مطلقا وقد وجد فان
تم نصاب الشهادة بالزنا في كل بلد بان شهد اربعة بانه زنى بالبصرة واربعة بانه زنا بها بالكوفة
فالمسألة محمولة على ما اذا ذكروا وقتا واحدا بان شهد كل طايفة بانه زنا بها وقت طلوع الشمس في يوم
الخميس مثلا لانا تيقنا تكذيب احد الفريقين لان الشخص الواحد لا يكون في ساعة واحدة في مكانين متباعدين
ولا يعرف الصادق من الكاذب فيعجز القاضي عن الحكم بهما للتعارض او للتهمة الكذب فيهما بيننا ولا يحد الشهود
ايضا لما ذكرنا آنفا وهنا اظهر لان كل واحد من الزنا تم فيه الشهادة ويحتمل في زناية احدى الطائفتين فلا يحدون
مع الاحتمال **قال** ولو اختلفوا في بيت واحد حد الرجل والمرأة ومعناه ان يشهد كل اثنين على الزنا في
زاوية وكان البيت صغيرا وان كان كبيرا لا تقبل ذكره في المبسوط والقياس ان لا تقبل كيف ما كان لاختلاف المكان
حقيقة **وجه** الاستحسان ان التوفيق ممكن بان يكون ابتداء الفعل في زاوية وانتهاؤه في زاوية اخرى ينتقلان
بالاضطراب او يحتمل ان يكون في وسط البيت فيحسبه من في المقدم في المقدم ومن في المؤخر في المؤخر فيشهد كل
واحد بحسب ما عنده وكذا لو اختلفوا في ساعتين من يوم متقاربتين بحيث يمكن ان يمتد الزنا اليهما لم يقبل

لاحتمال ان كل واحد منهم يشهد بزنا غير الذي يشهد به اصحابه قال ولو شهدوا على زنا امراة وهي بكر او الشهود فسقة

حجبة او شهدوا على شهادة اربعة وان شهد الاصول لم تحد احد يعني لم تحد الزانيات ولا الشهود في هذه الصور كلها

اما في الصورة الاولى فلان الزنا لا يتحقق مع البكارة فظهر كذبهم بيقين فلا يجب الحد عليهما ولا على الشهود

لان عددهم متكامل وانما سقط الحد عنهما بقول النساء انها بكر وقولهن حجة في اسقاط الحد لا في ايجابه وكذلك اذا

شهدوا على رجل بالزنا وهو مجبوب فانه لا يحد لظهور كذبهم ولا تحد الشهود ايضا لتكامل عددهم ولفظ الشهادة

ولان الحد يجب مع العاجز المقذوف في موضع التهمة وهنا لا يلحقه العار لعدم التهمة ونظيره اذا شهدوا على

امراة بالزنا فوجدت رتقا لا يجب الحد عليهما ولا على الشهود لما ذكرنا في البكر والمجبوب واما اذا كان الشهود

فسقة فلان الفاسق من اهل التحمل والاداء وان كان في ادائه نوع قصور لتهمة الكذب ولهذا لو قضى

القاضي بشهادته تنفذ عندنا لما عرف في موضعه فيثبت بشهادتهم الزنا من وجه باعتبار الاهلية ولا يثبت من

وجه باعتبار القصور فيسقط الحد عن المشهود عليه بالزنا باعتبار عدم الثبوت ويسقط عن الشهود باعتبار

الثبوت ولهذا لو اقام القاذف اربعة من الفساق على ان المقذوف قد زنا يسقط عنه الحد بخلاف القاتل حيث

لا يسقط عنه القود باقامة الشهود الفسقة على ان اولياء المقتول قد عفوا لان وجوب القود بالقتل

متيقن به فلا يسقط بالشك والاحتمال وحد القذف لم يجب بالقذف وانما يجب بالعجز عن اقامة البينة

لان الله تعالى علقه بقوله والذين يرمون المحصنات ثم لم ياتوا باربعة شهداء الاية عطفه على الشرط

المعطوف على الشرط شرط فكان العجز شرطا للوجوب واما القود فمرتب على نفس القتل بقوله تعالى كتب عليكم

القصاص في القتلى فظهر السبب الموجب بنفس القتل وتقرر فلو سقط بعد ذلك انما يسقط بقبول

شهادتهم وليس لهم شهادة ملزمة وهذا لان العفو مسقط بعد الوجوب وليس يمتنع من الوجوب بخلاف

حد القذف فان الشهادة فيه تمنع الوجوب وهو بقاء ما كان على ما كان والعجز موجب فلم يتيقن بالعجز

مع شهادتهم فلا يجب واما اذا شهد اربعة على شهادة فلما فيها من زيادة الشبهة لان احتمال الكذب

فيها في موضعين في شهادة الاصول وفي شهادة الفروع او لان الكلام اذا تداولته الالسن يمكن فيه زيادة

او نقصان ولا يمكن التحرز عنها عادة ولان الشهادة على الشهادة بدل فالابدال ينتصب للحاجة ولا حاجة

في الحدود الى البدل لانها مبنية على الدرء ولا حد على الفروع لانهم ما نسبوا المشهود عليه الى الزنا وانما حكوا

شهادة الاصول والحاكي للقذف لا يكون قاذفا ولان عددهم متكامل والاهلية موجودة وانما ردت شهادتهم

لنوع شبهة وهي كافية لدرء الحدود لا للاثبات وان جاء الاصول وشهدوا على معاينة ذلك الزنا بعينه لم تقبل

شهادتهم ولم يحدوا ايضا وهو المراد بقوله وان شهد الاصول لم تحد احد وانما لم يقبل لان شهادتهم قد ردت

من وجه برد شهادة الفروع في عين تلك الحادثة اذهم قايمون مقامهم بالامر والتحميل والشهادة متى ردت

لتهمة لم تقبل ابدا

تلك للاداء لم ابدا وانما

بعلة اما الحال شهادة الاصول

بعد ما ردت شهادة الفرع

لان شهادة الاصول لم ترد

حقيقة وانما حصل فيها

شبهة الرد والمال يثبت

مع الشبهة دون الحد فلا

يحد الاصول ايضا لما ذكرنا

ولو ردت شهادة الاصول

لم تقبل شهادة الاصول

ولا الفروع بعد ابدا

هذا اذا ردت شهادتهم

لتهمة مع الاهلية

جزء الرابع

٩٦

وان ردت لعدم الاهلية كالعبيد والكفار تقبل شهادتهم في تلك الحادثة بعد العتق والا

سلام لزوال المانع ولو شهد اربعة على رجل انه زنا بفلانة ثم شهد اربعة اخرون ان

هؤلاء الشهود هم الذين زنوا بها فلا يحد احد منهم عند ابي حنيفة وقالا يحد الفريق الاول

من الشهود حد الزنا للحق الرجل المشهود عليه لان الشهود الثاني صرحوا ان الشهود الاول بفعل

الزنا وقد ثبت عليهم ذلك وعلى المراة بشهادتهم فيحدون حد الزنا ثم لا تقبل شهادتهم لثبوت فسقهم

بالزنا فلا يحد الرجل المشهود عليه الاول وكذا ان بمثل هذا الكلام يراد به النفي عن الاول واثبات

ذلك بعينه للثاني عادة كما اذا قال زيد دخل عمرو الدار وقال اخر لزيد هو الذي دخل الدار فا

لمشهود الاول اشتبهوا على المشهود الثاني عليه والشهود الثاني نفوه عنه واثبتوه على الشهود و

الفعل الواحد لا يتصور ان يفعله شخصان ويحتمل ان يكون احد الفريقين صادقا والاخر كاذبا ولا

يعرف ذلك بعينه فاورث ذلك شبهة فلا يحدون حد القذف ولا حد الزنا لذلك فصار نظير ما لو شهد

اربعة بالزنا على رجل في بلد عند طلوع الشمس وشهد اربعة اخرون انه زنا في بلد اخر في ذلك الوقت

على ما بينا من قبل وعلى هذا لو شهد اربعة على رجل وامراة بالزنا وشهد اربعة اخرون على الشهود انهم

هم الذين زنوا بها وشهد اربعة اخرون على الشهود الثاني بانهم هم الذين زنوا بها لا حد على الكل عند

ابي حنيفة لما ذكرنا وعندهما يحد الرجل والمراة والفريق الاوسط من الشهود حد الزنا لان الفريق الا

وسط صاروا فسقة بشهادة الفريق الاخر بالزنا عليهم فبطلت شهادتهم على الفريق الاول وصاروا

قذفة لكنهم الا انهم لا يجب عليهم حد القذف لكمال النصاب على ما بينا من قبل ويحدون حد الزنا لثبوته

عليهم بالشهود الاخير قال ولو كانوا عميانا او محدودين في القذف لم يثبت بها المال مع انه يثبت با

لشبهة فكيف يثبت بها الحد وهو يسقط بالشبهات بعد الثبوت وشهادة الثلاثة قذف لانه لم يكمل النصاب

لان الشهادة قذف حقيقة وخروجها من ان يكون قذفا باعتبار الحسبة ولا حسبة عند نقصان العدد وحد

عمر رضي الله عنه الثلاثة الذين شهدوا على مغيرة بن شعبة وهم ابو بكرة وشبل بن معبد ونافع بن الازرق بمحضر

من الصحابة من غير نكير فصار اجماعا قال ولو حد فوجد احدهم عبدا او محدودا احدوا لانهم قذفة اذ

الشهود ثلاثة على ما بينا قال وارش ضربه بدهدر وان رجم فديته على بيت المال وهذا عند ابي حنيفة و

قالا ارش الضرب ايضا على بيت المال وعلى هذا لو مات من الضرب تجب الدية في بيت المال عندهما خلافا له وعلى

هذا الخلاف لو رجع الشهود وقد جرحته السياط او مات من الضرب لا يضمنون عنده وعندهما يضمنون اما الرجم

فلانه حصل بقضاء القاضي وهو خطأ منه وخطاؤه في بيت المال لان عمله نفع للمسلمين فيجب غرمه في مالهم وهذا

بالاجماع واما ارش الضرب فلهما ان الجرح اضيف الى شهادتهم لان الواجب بشهادتهم مطلق الضرب والاحتراز

عن الجرح غير ممكن

فينتظم الجارح وغيره فيكون

الكل مضافا الى شهادتهم

فيضمنونه بالرجوع وعند

عدم الرجوع تجب على بيت المال

لان فعل الجلاد ينتقل الى القاضي

وهو عامل للمسلمين وصار كالرجم

والقصاص وهذا لان الامام

لا يلزمه ضمان ما اخطأ فيه وانما

يلزم من وقع فعله له وفعله هنا

وقع لعامة المسلمين فيجب ضمانه

عليهم وما في بيت المال

اي بلا تفصيل بين الشهود والمشهود

عليهما لان شهادة العميان

او المحدودين صح

لكنهم يجب فيه ولأبي حنيفة ان المستحق هو الجلد حدا وهو ضرب مؤلم غير مهلك ولا جارح ولا يقع جارحا ظاهرا إلا
لمعنى في الضارب وهو قلة اهتدائه لذلك فاقتصر عليه الا انه لا يجب عليه الضمان في الصحيح كيلا يمتنع الناس من الاقامة مخافة
الغرامة وهذا لانه مأمور بالضرب وفعل المأمور لا يتقيد بالسلامة بخلاف الرجم والقصاص لان المستحق بشهادتهم
فيهما الاتلاف فيجب عليهم ضمانه عند رجوعهم وعلى بيت المال عند ظهورهم عبيدا لما ذكرنا قال فلو رجع احد
الاربعة بعد الرجم حد وغرم ربع الدية وكذا كلما رجع واحد منهم حد ويغرم ربع الدية اما الغرامة فلان تلف
النفس بشهادتهم فاذا اقر انه اتلف بغير حق يجب عليه الغرامة بحسابه من الدية اذا لم يكن التلف مستحقا لغيره
لان في هذا الباب يعتبر بقاء من بقي لا رجوع من رجع حتى لو كان الشهود خمسة فرجع واحد لا شيء عليه لان التلف
مستحق بغيره واما الحد فالمذكور هنا مذهب الثلاثة وقال زفر لا يجب الحد على الراجع لانه لو وجب اما ان يجب
بالقذف قبل الرجم ولا سبيل اليه لان من قذف حيا ثم مات المقذوف لا يحد القاذف لكونه لا يورث او بالقذف بعد
الرجم فلا سبيل اليه ايضا لان المرجوم لا يحد قاذفه لكونه مرجوما بحكم الحاكم فيكون شبهة فصار كما لو قذفه
غيره ولنا ان كلامه ليس بقذف للحال لانه انعقد شهادة وبرفع الحكم به بهذا الوصف لكونه عند الرجوع ينقلب
قذفا لانه فسخ لشهادته به بعد الوجود فينفسخ ما ينبني عليه وهو القضاء فيكون قذفا للحال وهو محصن
في زعمه فيحد ما اذا قذفه غيره لانه مرجوم بحكم الحاكم ولم يوجد ما يوجب فسخ الشهادة في حقه لان زعم الراجع
يعتبد في حقه لا في حق غيره ونظيره الطلاق المعلق بالشرط فانه ليس بطلاق للحال لانه اعدام ويصير طلاقا عند
وجود الشرط فان قيل غاية ما فيه انه قد اقر بعد ما قذفه بانه كان عفيفا وذلك لا يوجب الحد عليه لرجمه بحكم
الحاكم فصار كما اذا قذفه غيره فاقر بانه كان عفيفا قلنا الحجة ليست بكاملة في حق الراجع لانفساخها
في حقه على ما بينا وفي حق غيره كاملة فلا يعتبر زعمه فيه وهذا الخلاف ما اذا وجد واحدا منهم عبدا حيث لا يحدون
لانه لما ظهر انه عبد تبين ان شهادتهم لم يكن شهادة بل كانت قذفا في ذلك الوقت فصار واقفا قذف
حيا ثم مات والحد لا يورث على ما يجيء ان شاء الله تعالى ولو كان حدا الجلد فجلد بشهادتهم ثم رجع واحد منهم
حد الراجع وحده بالاجماع والفرق لزفر ان المقذوف حي هنا فيطالب هو بالحد وفي مسئلة الكتاب قد مات
بالرجم والحد لا يورث على ما عرف ولو شهد اربعة على رجل اربعة انه زنا بفلانة وشهد عليه اربعة آخرون
بالزنا بغيرها ورجم فرجع الفريقان ضمنوا ديته اجماعا وحدوا للقذف عندهما وقال محمد لا يحدون لان
رجوع كل فريق يعتبر في حقهم لا غير ولهما ان كل فريق اقر على نفسه بحد القذف لان كل فريق يقول انه
عفيف قتل ظلما وانه قاذفه كاذبا قال ويقبله حدوا او لا رجم اي لو رجع واحد من الشهود قبل الرجم حد
كلهم ولا يرجم المشهود عليه وقال محمد حد الراجع وحده ان رجع بعد القضاء وهو قول زفر لان الشهادة
تاكدت بقضاء القاضي فسقط احصانه ثم بالرجوع ينفسخ في حق الراجع فقط كما في المسئلة الاولى ولهما ان الامضاء

من القضاء في حقوق الله تعالى
لان المقصود من القضاء اعلام
ما له الحق بحقه ليستوفيه منه والامر
عالم بان الاستيفاء والتخلي عنه فاخبره
فهاهنا المفوض الى الحاكم الاستيفاء
فما لم يستوف لم يتم قضاؤه فهان العارض
بعد القضاء قبل الامضاء كالعارض قبل
القضاء ولهذا امتنع الامضاء بموت
القاضي وعزله وردة الشهود

وعميهم وغيبتهم وخرسهم من ان يكونوا اهلا للشهادة باقامة حد القذف عليهم وغير ذلك مما يمنع القبول
ولهذا لا يجب الحد على المشهود عليه فدل على بطلان الحكم وان رجع واحد منهم قبل القضاء حدوا جميعا وقال زفر
حد الراجع وحده لان رجوع الراجع لا يصح في غيره ولنا ان كلامهم قذف في الاصل وانما يصير شهادة باتصال
واذا لم يتصل به بقي قذفا على حاله ويكون شبهة ولهذا لا يقضي بها بالمال بعد الرجوع مع انه يثبت مع الشبهة
فيحد كلهم بخلاف ما تقدم ولا يقال كيف يجب عليهم الحد برجوع غيرهم بعد كمال النصاب ولا يؤاخذ احد بفعل
غيره لانا نقول الحد وجب عليهم بقذفهم لا بالرجوع لان بالشهادة قذف وانما المخرج من ان يكون قذفا
اتصال القضاء بها وبالرجوع امتنع القضاء لا غير فصار كما لو امتنع الشاهد الرابع عن الشهادة ابتداء
بعد ما شهد اصحابه قال ولو رجع احد الخمسة لا شيء عليه يعني لو كان الشهود خمسة فرجم بشهادتهم
ثم رجع واحد منهم لا شيء من الضمان والحد على الراجع لما ذكره ان المعتبر بقاء من بقي لا رجوع من
رجع وقد بقي من يقوم بكل الحق قال فان رجع آخر حدا وغرما ربع الدية اما الحد فلانفساخ القضاء
بالرجم في حقهما واما الغرم فلان المعتبر بقاء من بقي لا رجوع من رجع وقد بقي من يبقى بقاية ثلثة
ارباع الحق فيلزمهما الربع فان قيل الاول منهما حين رجع لم يلزمه شيء فكيف يجب عليه الحد والضمان
لكونه قذفه واتلافه بشهادته وانما امتنع الوجوب لمانع وهو بقاء من يقوم بالحق فاذا زال
المانع برجوع الثاني ظهر الوجوب قال وضمن المزكون دية المرجوم ان ظهروا عبيدا كما لو قتل من
كفت كما يجب الضمان على القاتل يضرب عنقه فيما اذا امر الامام برجمه بعد ما شهد عليه اربعة بالزنا
ثم ظهر الشهود عبيدا اما الاول فمعناه اذا رجعوا عن التزكية بان قالوا تعمدنا التزكية مع علمنا بحالهم
هذا عند ابي حنيفة وعندهما لم يضمنوا وان ثبتوا على شهادتهم ولم يرجعوا لم يضمنوا بالاجماع لانهم
اخطأوا فيما عملوا العامة المسلمين فصار واكالقاضي ولهما في الخلافية انهم اثنوا على الشهود خيرا فصاروا
كشهود الاحصان ولانهم لم يضمنوا المال ضمان عدوان وذلك بالمباشرة او بالتسبب ولم يوجد واحد منهما
اما المباشرة فظاهر وكذا التسبب لان سبب الاتلاف الزنا وهم لم يثبتوه وانما اثنوا على الشهود خيرا
ولا يوجب الضمان كشهود الاحصان فيكون في بيت المال لتبيين خطاء الامام ولابي حنيفة رضوان الشهادة
لا تعمل ولا تكون حجة الا بالتزكية فصارت كعلة العلة لان لزامهم القاضي القضاء بالبينة بخلاف شهود الاحصان
لان الاحصان علامة محضة ولهذا اشترط الذكورة في التزكية دون شهود الاحصان على ما يأتي من قريب
والشهادة موجبة للعقوبة وان لم يكن محصنا والفرق بين ما اذا شهدوا بلفظ الشهادة او اخبروا لان التزكية
لا يشترط فيها لفظ الشهادة وهذا اذا اخبروا بالحرية واما اذا قالوا هم عدول فظهروا عبيدا لم يضمنوا اتفاقا

معناه قتله عمدا
او كفارا
ثم ظهر الشهود عبيدا
بقتله فضرب رجل عنقه
وهو ما اذا امره الامام
واما الثاني
كفارا
وعلى هذا التفصيل لو وجد الشهود
فلا يورث
قذفوا حيا
ولا يحدون القاذف لانهم
شهادة
لان كلامهم لم يقع
على الشهود
بهذا القدر والاخبار
اخطاء حيث التخلي
اجتناب المحظورات ولكن التزكية
اذ الرق لا ينافي العدالة اذ هي
لانهم صادقون في ذلك

لان ~~الشهود~~ تعديل الشهود وقضاء القاضي به والقياس ان يجب القصاص لانه قتل نفسا معصومة بغير
حق وهذا لانه ظهر انهم عبيد انتفى القضاء به لم يصح ولم يثبت اباحة الدم وقد قتله بفعل لم يؤمر به وهو
الرجم وهذا احد فلم يوافق امر القاضي ليصير فعله منقولا اليه فبقي مقصورا عليه وفي الاستحسان تجب الدية في ماله
لان قضاء القاضي نفذ ظاهرا وحين قتله كان القضاء صحيحا فاورث شبهة الاباحة ولانه قتل شخصا على مباح الدم
ثم ظهر بخلافه فصار كما لو قتل مسلما على ظن انه حربي او عليه علامتهم ثم ظهر انه مسلم وانما تجب الدية في
ماله لانه عمد والعاقلة لا تعقل العمد وتجب في ثلاث سنين لانها وجبت بنفس القتل بخلاف الواجب بالصلح
حيث تجب حالا لانه وجب بالعقد فاشبه الثمن في البيع وفي الكافي وان شهد اربعة على رجل بالزنا فامر
الامام برجمه فقتله رجل عمدا او خطأ بعد الشهادة قبل التعديل تجب القود في العمد والدية
في الخطأ على عاقلته وكذا اذا قتله بعد التزكية قبل القضاء بالرجم وان قضى برجمه فقتله رجل عمدا او
خطأ فلا شيء عليه معناه اذا لم يوجد الشهود عبيدا ولا كفارا اما اذا وجدوا عبيدا او كفارا فقد بيناه
ولو رجمه كما امر الامام ثم وجد الشهود عبيدا فالدية في بيت المال لان فعله بامر القاضي فينتقل اليه بخلاف
الحز لانه مخالف له ولهذا قيل اي لا دية فيه دون الاول قال وان ~~جعفر حدثنا~~ رجم فوجدوا عبيدا
فديته في بيت المال لانه فعل بامر الامام فينتقل اليه وقد ذكرناه مرارا قال ولو قالوا شهود
الزنا تعمدنا النظر قبلت شهادتهم وقال بعضهم لا تقبل لاقرارهم على انفسهم بالفسق لان النظر الى العورة
الغير عمدا فسق وانما تقبل شهادتهم اذا وقع اتفاقا من غير قصد ونحن نقول يباح النظر ضرورة تحمل
الشهادة وهو مامور به قال الله تعالى واقيموا الشهادة لله وقال الله تعالى فاستشهدوا عليهن اربعة منكم
ولا وجه الى التحمل الا بالنظر عمدا لانه قل ما يتفق النظر الى الاربعة من غير قصد كالميل في المكحلة ولان التعمد
فيه للحاجة جائز كالطبيب والخافضة والخاتن والقابلة والحاجة اليه هنا ثابتة لاقامة الحسبة وتقليل
الفساد في العالم واية حاجة اعظم منها فكانت اولى بالاباحة قال ولو انكر الاحصان فشهد عليه رجل
وامرأتان او ولدت زوجته منه رجم ومعناه ان ينكر الدخول بعد وجود سائر الشروط فاذا جاءت امرأته
بولد في مدة يتصور ان يكون جعل واطئا شرعا لان الشارع اثبت نسب الولد منه والحكم بثبوت نسب الولد
منه حكم بالدخول ولهذا يعقب الرجعة وان لم يكن له ولد منها وهي مسلمة عاقلة وانكر الاحصان فشهد
عليه رجل وامرأتان تقبل ويرجم خلافا لزفر والشافعي فالشافعي مر على اصله ان شهادتهن لا تقبل في
غير المال وتوابعه وزفر يقول انه شرط في معنى العلة لان الجناية تتغلظ عند وجود الاحصان فيضاف اليه فاشبه
حقيقة العلة فلا تقبل فيه شهادة النساء احتيالا للدرء فصار كما اذا شهد ذميان على ذمي زنا عبده المسلم انه
اعتقه قبل الزنا لا تقبل لما فيه من زيادة العقوبة بتكميل حد الاحرار وهذا لانه شرط في معنى العلة مكمل للعقوبة

مانع لان الاحصان
وهو ليس بمعنى العلة لانه
الزنا والشرط ما يكون مفضيا
توجد فيكون وانما اوصاف
ما يكون موجبا وهو ليس
ولا سبب ولا شرطا لان العلة
فصار ليس علة عقوبة
تعارف حكم العلة ولهذا ان الا
قلنا لا يثبت بالوجود والاستيفاء
وهذا العقوبة لا يثبت بالوجوب
عنده كما يضاف الى العلة وجوبا
والحكم يضاف الى الشرط وجودا
والكمل كالموجب ولانه شرط

عبارة عن الخصال الحميدة كلها تمنع عن القبائح والشرط ما يوجد العلة بصورتها ويتوقف انعقاده علة
على وجود الشرط ويكون الوجود مضافا اليه دون الوجوب كدخول الدار في تعليق الطلاق والعتاق
فاما الزنا قبل الاحصان لم يوجد بصورته حتى ينعقد علة لوجوب الرجم على وجود الاحصان ولا يتوقف
وجود الرجم اليه فكان علامة بمعنى انه معرف لحكمه وهو الرجم اذا وجد منه الزنا والحكم غير مضاف
الى العلامة لا وجوبا ولا وجودا ولا اخطارا فعرف بذلك انه غير مكمل للعقوبة فكانت الشهادة بالاحصان
في هذه الحالة بمنزلة الشهادة به في غير هذه الحالة فلا تشترط فيها الذكورة بخلاف المشهود به لان العتق انما
يثبت بشهادتهما وانما لا يثبت بسبق التاريخ لانه ينكره المسلم او يتضرر به ولا شهادة للكافر على المسلم فيما
ينكره المسلم او يتضرر به ولان الاحصان عبارة عن الخصال الحميدة وليس فيها شيء يوجب عقوبة او ضررا
وانما لا تقبل شهادة النساء في شيء يوجب العقوبة ويستحيل ان يكون الاحصان موجبا للعقوبة بل هو
اوصاف حميدة من الحرية والعقل والبلوغ والتزوج والاسلام كلها تنافي العقوبة بخلاف التزكية فانها
تجعل العلة علة فكانت بمنزلة علة العلة فلا يعتبر فيها قول النساء كالشهادة على الزنا وكيفية
الشهادة به ان تقول الشهود تزوج امرأة وجامعها او باضعها ولو قالوا دخل بها يكفي عندهما وقال
محمد لا يكفي ولا يثبت بذلك احصانه لان لفظة الدخول مشترك تستعمل في الوطء وفي الزفاف وفي الخلوة
والزيارة فلا تثبت به الاحصان بالشك كما لو شهد انه قد ألم بها او اتاها ولهما ان الدخول متى اضيف
الى المرأة بحرف الباء يراد به الجماع قال الله تعالى فان لم تكونوا دخلتم بهن المراد به الجماع وقال عليه الصلاة
والسلام فان دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها اي جامعها وفي العرف اذا قيل فلان دخل بامرأته
يراد به الوطء دون الخلوة واذا خلا بها يقال دخل عليها وهو بمعنى الزيارة ولو خلا بها ثم
طلقها وقال وطئتها فانكرت صار محصنا دونها وكذا لو قالت بعد الطلاق كنت نصرانية وقال كانت
مسلمة واذا كان احد الزانيين محصنا يحد كل واحد منهما حده وان رجع شهود الاحصان لا يضمنون
خلافا لزفر وهو مبني على ما تقدم من انه هل هو شرط في معنى العلة وهو الزنا ام لا

باب حد الشرب

قال رحمه الله من شرب خمرا واخذ وريحها موجودة او كان سكران ولو بنبيذ وشهد
رجلان او اقر مرة حد ان علم شربه طوعا وصحا والحديث انس ان النبي صلى الله عليه وسلم اتي برجل قد
شرب الخمر فجلده بجريدتين نحو اربعين قال وفعله ابو بكر فلما كان ولاية عمر استشار الناس فقال عبد
الرحمن بن عوف اخف الحدود ثمانون فامر به عمر رواه احمد ومسلم وابو داود والترمذي وصححه وقال عليه
السلام من شرب الخمر فاجلدوه فان عاد فاجلدوه الى ان قال في الرابعة فاقتلوه رواه ابو داود وغيره وقال

عليه السلام اذا سكر فاجلدوه ثم ان سكر فاجلدوه ثم ان سكر فاجلدوه ثم ان سكر فاضربوا عنقه رواه ابو داود واحمد وغيرهما
وقال عم في السكران ان عاد ~~ان سكر~~ ابو داود والترمذي بمعناه
اربع مرات ورفع القتل رواه
ثم اتي به فجلده الى ان جلده
اتي برجل قد شرب الرابعة فجلده
ثم اول الامر ثم نسخ لانه عم
الترمذي انما كان هذا

وقال الزهري أتي رسول الله عليه السلام بسكران في الرابعة فخلى سبيله وشرطه أن يكون شربه
طائعاً لأن الشرب مكرهاً لا يوجب الحد وشرطه أن يكون صاحياً ليفيد الضرب وهو الحد فائدته والمراد
من السكر بالنبيذ الأنبذة المحرمة على ما يجيء في موضعه إن شاء الله تعالى واحترز بقوله أو أقر مرة من قول
أبي يوسف فإنه يشترط الإقرار مرتين اعتباراً بالشهادة كما في الزنا قلنا ثبت ذلك على خلاف
القياس فلا يقاس عليه غيره قال وإن أقر أو شهد بعد مضي ريحها لا لبعد المسافة أو وجد
منه رائحة الخمر أو تقيأها أو رجع عما أقر أو أقر سكران بأن زال عقله لا أي لا يجب عليه الحد
في هذه الصور كلها أما إذا أقر بعد ذهاب رائحتها أو شهد عليه الشاهدان بذلك فلأن التقادم بمضي
الزمان إن كان ذلك بالشهادة كما في الزنا وغيره من الحدود وإن أقر به يصح مطلقاً ولا يبطل بالتقا
دم اعتباراً بما ذكرنا من الحدود وهذا لأن الزنا حيث يتحقق بمضي الزمان والرائحة قد تكون
من غيره كما قال الشاعر يقولون لي انكه شربت مدامة فقلت لهم لا بل أكلت السفرجلا ولهما قول
ابن مسعود في من شرب الخمر تلتلوه ومزمزوه ثم استنكهوه فإن وجدتم رائحتها واعترف به فعزروه
ولم يحده ولا يقال هذا استدلال بعدم الإجماع لأن ثبوت هذا الحد كان بإجماع الصحابة وكان
إجماعهم برأي عمر وابن مسعود وقد شرطا فيه الرائحة ولا إجماع عند عدم الرائحة ومطلق قوله
عليه الصلاة والسلام من شرب الخمر فاجلدوه مخصوص بالمضطر والمكره فجاز تخصيصه أيضاً بإ
جماعهم وكذا قيام الأثر من أقوى ما يدل على القرب فيقدر به بخلاف غيره من الحدود لعدم الأثر فيها
فيتعذر اعتباره والتمييز ممكن لمن يعرف وإنما يشتبه على الجهال وكونه مقدراً لا ينافي التأكيد
باشتراط الرائحة كما لا ينافي التأكيد في الزنا باشتراط التكرار ثم الرائحة يشترط وجودها عند التحمل
حتى لو أخذوه وريحها يوجد فيه ثم انقطعت قبل أن ينتهوا به إلى الإمام لبعد مسافة يجب الحد وفيه
احترز بقوله بعد مضي ريحها لا لبعد مسافة ولو جاؤوا به سكران يشترط وجود الرائحة لما ذكرنا
ذكره في النهاية وأشار في الهداية إلى أنه لا يشترط وأما إذا وجد منه رائحة الخمر أو تقيأها فلأنه
يحتمل أنه شربها مكرهاً أو مضطراً والرائحة محتملة أيضاً فلا يجب الحد بالشك وكذا إذا وجد سكران
لا يحد لاحتمال ما ذكرنا ولاحتمال أن سكره من المباح وأما إذا رجع عن الإقرار فلأنه خالص
حق الله تعالى فيعمل الرجوع فيه كسائر الحدود وهذا لأنه يحتمل أن يكون صادقاً فصار شبهة والحدود تندرئ
بها وأما إذا أقر وهو سكران فلأن الإقرار يحتمل الكذب وفي إقراره زيادة الاحتمال فأورث شبهة
فلا يعتبر فيما يندرئ بالشبهات مثل الزنا وشرب الخمر ونحوها إلا أنه يقبل إقراره في السرقة في حق المال لأنه

من حقوق العباد لأنه لا يعمل الرجوع فيه بخلاف ما إذا ارتد فإنه لا يصح ارتداده عند أبي حنيفة ومحمد لأن الارتداد يعتمد القصد والاعتقاد وهو غير قصد واعتقاد فلا يعتد به ولا الكذب فيعتبر فعله فيما ينفذ ... وعند أبي يوسف ارتداده ... ذكره في الذخيرة ولو أسلم ينبغي أن يصح

كإسلام المكره وهذا إذا سكر بالمحرم وأما إذا سكر بالمباح كشرب المضطر والمكره والمتخذ من الحبوب
والعسل والدواء فلا يعتبر تصرفاته كلها لأنه بمنزلة الإغماء لعدم الجناية ثم تبين حد السكران بقوله
بلا عقل عقله وهو أن لا يعرف الأرض من السماء ولا الرجال من النساء ولا يعقل شيئاً وهذا
وهذا عند أبي حنيفة وقالا هو من يهذي ويخلط جده بهزله لأنه هو السكران في العرف الآتي إلى
ما روي عن علي رضي الله عنه أنه قال إذا سكر هذى وإذا هذى افترى وحد المفتري ثمانون سوطاً وله
أن الحد عقوبة فيعتبر النهاية في سببه احتيالاً للدرء ونهاية السكران أن يغلب السرور على العقل
فيسلب التمييز أصلاً وما دونه لا يخلو عن شبهة الصحو الآتي إلى قوله تعالى لا تقربوا الصلاة
وأنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون عبر عن الصحو بعلم ما يقولون فكان السكر ضده وهو
عدم العلم بما يقولون وعلى قولهما أكثر المشايخ والمعتبر في القدح المسكر في حق الحرمة وحد الجناية
ما قالاه وهذا إنما يختلف بالأشخاص فإن الصاحي ربما يتمايل في مشيه والسكران قد لا يتمايل
ويمشي مستقيماً قال وحد السكر والخمر ولو شرب قطرة ثمانون سوطاً وقال الشافعي أربعون
لما روينا أول الباب من حديث أنس رضي الله عنه أن النبي عليه السلام ضرب في الخمر بالجريد والنعال وضرب
أبو بكر أربعين متفق عليه وعن علي رضي الله عنه أنه أمر أن يضرب لشارب الخمر أربعين ولنا قول علي
رضي الله عنه أنه إذا شرب سكر وإذا سكر هذى وإذا هذى افترى وعلى المفتري ثمانون جلدة رواه
الدارقطني ومالك بمعناه وعليه إجماع الصحابة رضي الله عنهم وما رواه كان بجريدتين والنعلين فتكون
كل ضربة بضربتين فكان حجة لنا والذي يدلك على هذا قول أبي سعيد جلد على عهد رسول الله
صلى الله عليه وسلم في الخمر بنعلين فلما كان في زمان عمر جعل بدل كل نعل سوطاً رواه أحمد والجريدتان
فيما روي عنه عليه الصلاة والسلام منصوص عليهما وفي الصحيح أن عثمان أمر علياً أن يجلد الوليد
ثمانين وفي رواية أربعين ويتوجه الجمع بينهما بما رواه أبو جعفر محمد بن علي بن أبي طالب جلد الوليد
بسوط له طرفان رواه الشافعي في مسنده وكل ما ورد في هذا الباب من ضربه أربعين سوطاً محمول
على ذلك ولهذا جلد عمر رضي الله عنه ثمانين بعدما استشار الناس قال وللعبد نصفه لما روي عن
ابن شهاب أنه سئل عن حد العبد في الخمر فقال بلغني أن عليه نصف حد الحر وأن عمر وعثمان وعبد الله
بن عمر قد جلدوا عبيدهم نصف الحد في الخمر رواه مالك في الموطأ ولأن الرق منصف على ما عرف من قبل
قال ويفرق على بدنه كحد الزنا لأن تكرار الضرب في موضع واحد قد يفضي إلى التلف والحد مشروع زاجراً
لا متلفاً ويتقي المواضع التي استثناها في حد الزنا لما ذكرنا هنا وينزع عنه الفرو والحشو لأنهما يمنعان
إيصال الألم إلى البدن وتجرد عن ثيابه في المشهور عن أصحابنا مبالغة في الإيلام لأن سببه متيقن به
كحد الزنا بخلاف حد القذف لأن سببه غير متيقن به لاحتمال أن يكون القاذف صادقاً فيه وعن محمد أنه لا تجرد إظهاراً للتخفيف لعدم ثبوته بدليل مقطوع به بخلاف حد الزنا قلنا أظهرنا التخفيف من جهة العدد فلو خففنا عليه أيضاً من جهة الوصف لم يحصل الزجر ... عدداً وأخف الحدود

مر حد الزنا وصفا حلا لحقق ثالثا بشكل التجريد والله اعلم **باب حد القذف**

وهو في اللغة عبارة عن الرمي مطلقا ومنه القذافة والقذيفة للمقلاع والتقاذف التنامي وفي الشرع رمي مخصوص بالزنا صريحا وهو القذف الموجب للحد وشرطه احصان المقذوف وعجز القاذف عن اثباته بالبينة ولو قال لي بينة حاضرة في المصر امهله القاضي الى اخر المجلس وعن ابي يوسف انه يؤخره الى المجلس الثاني وجه الظاهر ان السبب قد تحقق وبالتاخير يتضرر المقذوف بالعار وفي المجلس لا يعد تاخيرا لكن تاخيره الى ان تحضر الجلاد ولو شهدوا عليه بالزنا متقادم سقط الحد عن القاذف استحسانا والقياس ان يحد لان الزنا لم يثبت به وجه الاستحسان ان الشهادة وجدت حقيقة وانما ردت للتهمة متعلقة بالداعي الذاتي للوجوب على القاذف كشهادة الفساق **قال** هو كحد الشرب كمية وثبوتا اي حد القذف كحد الشرب عددا وهو ثمانون جلدة وكذا ثبوتا حتى يثبت كل واحد منهما بشهادة رجلين ولا تقبل فيه شهادة النساء لان شهادتهن لا تقبل في الحدود على ما مر في حد الزنا **قال** فلو قذف محصنا او محصنة بزنا حد بطلبه مفرقا على اعضاء القاذف لقوله تعالى والذين يرمون المحصنات الى قوله فاجلدوهم ثمانين جلدة والمراد به الرامي بالزنا باجماع العلماء وفي الاية الاشارة اليه حيث شرط اربعة شهداء وهو من خصائص الزنا والنص وان ورد في المحصنات لكن الحكم ثبت في المحصنين ايضا لان المعنى وهو دفع العار يشملهما فكان متناولا لهم دلالة وعليه الاجماع وقد روي عن عايشة رضي الله عنها لما نزلت الاية قام رسول الله صلى الله عليه وسلم على المنبر فذكر ذلك وتلى الاية فلما نزل امر برجلين وامراة فضربوا حدهم رواه ابو داود والترمذي وغيرهما وكانوا قاذفين لعايشة رضي الله عنها وان لم يصرح القاذف بالزنا بل قال جامعت فلانة حراما او فجرت بها وبخوه لا يجب عليه الحد لان الجماع الحرام قد يكون بنكاح فاسد ولا يقال يجب الحد بقوله لغيره لست لابيك وهو ليس بصريح في الزنا لاحتمال ان يكون لغيره بالوطء بالشبهة لانا نقول فيه نسبة امه الى الزنا بطريق الاقتضاء والمقتضي اذا ثبت ثبت بما هو من ضروراته فيجب الحد الثابت اقتضاء كالثابت بالعبارة وشرط طلبه لان فيه حقه وينتفع به على الخصوص من حيث دفع العار عن نفسه وان كان الغالب فيه حق الله تعالى وانما يفرق على بدنه لما ذكرنا في حد الشرب ولا بد من تصور الزنا من المقذوف حتى لو قذف رتقاء او مجبوبا لا يجب عليه الحد لانه لا يلحقه العار ولعدم ظهور الزنا ولم يكن طلبه بالاشارة ولعدم اظهار العلامات ينطق بصدقه **قال** ولا ينزع عنه غير الفرو والحشو لانهما يمنعان وصول الالم فينزعان ولا ينزع غيرهما للتخفيف لان سببه غير متيقن به لاحتمال ان يكون القاذف صادقا فيه فلا يقام على الشدة ولانه ظهر التشديد عليه من وجه اخر وهو رد شهادته فيخفف عنه من هذا الوجه

بكونه مكلفا حرا مسلما عفيفا عن الزنا واراد بالمكلف ان يكون **قال** واحصانه

الشدة في الضرب بالتجريد بزيادة وصف

وليس فيهما اي في الحدين غيرهما اخرا ... فيشدد عليهما

لان سببهما متيقن به بخلاف الزنا والشرب ... كما لا يلزم الا من الاثبات

بالغا عاقلا لان الصبي والمجنون لا يتصور منهما ~~حد الزنا~~ عفيفا عن الزنا واراد بالمكلف الزنا اذ الزنا فعل محرم وذلك بالتكليف ولانهما لعدم عقلهما او نقصه عن الايقاف على عواقب الامور فلا يلحقهما الشين به والعقل ناجم يمنع عن ارتكاب ما له عاقبة ذميمة وكماله بالبلوغ فلا بد منه ولفظ الاحصان ينتظم الحرية قال الله تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب الحرائر والكافر ليس بمحصن لقوله عليه الصلاة والسلام من اشرك بالله فليس بمحصن وينتظم العفة ايضا قال الله تعالى المحصنات من الذين اوتوا الكتاب اي العفايف وقيل الحرائر ولان المقذوف اذا لم يكن عفيفا يكون القاذف صادقا فيه والصدق لا يوجب الحد فعند اجتماع جميع ما ذكرنا يجب الحد فيكون الكل وهي خمس شرايط داخلا تحت قوله تعالى والذين يرمون المحصنات فاذا فقد واحد منها لا يكون محصنا

قال فاذا قال لغيره لست بابن فلان اي لابيه والنسبة في غضب حد يعني اذا كانت امه محصنة لانه قذف لامه حقيقة لانه اذا كان من غير ابيه المنسوب اليه كان من الزنا ضرورة اذ لا نكاح لغير ابيه ولا يعتبر احتمال كونه من غيره بالنكاح او بالوطء بالشبهة لان ذلك احتمال بعيد فلا يصار اليه ولو اعيد مثله لما وجب الحد ابدا وفيه اثر ابن مسعود رضي الله عنه قال لا حد الا في قذف محصنة او نفي رجل من ابيه وشرط ان يكون في غضب لانه في حالة غير الغضب قد يراد به المعاتبة اي انت لا تشبه اباك في المروءة والسخاء فلا يحد مع الاحتمال وفي حالة الغضب يراد به الحقيقة فيحد وعلى هذا لو قال انك ابن فلان لغير ابيه يحد اذا كان في حالة المشاتمة لان غرضه نفي نسبه ونسب امه الى الزنا وان كان في حالة الرضا لا يحد لان غرضه انه اخلاقه تشبه اخلاق ذلك الشخص فكانه ابنه فلا يكون قذفا والقياس ان لا يكون قذفا في الاحوال كلها لما ذكرنا من الاحتمال ولكن اوجبناه استحسانا في حالة الغضب لما ذكرنا مع الاثر بخلاف ما اذا نفى الولادة عن ابيه بان قال لست بابن فلان ولا فلانة حيث لا يجب عليه الحد في الاحوال كلها لانه ليس فيه قذف امه لا لفظا ولا اقتضاء لان نفي الولادة نفي للوطء وفيه نفي الزنا لا اثباته **قال** كقوله وفي غيره لا كنفيه عن جده وقوله لعربي يا نبطي او يا ابن ماء السماء ونسبته الى عمه وخاله وراية اي في غير الغضب لا يجب الحد كما لا يجب بنفيه عن جده الى اخر ما ذكر والمراد ... هو زوج امه فهذه الجملة كلها لا تكون قذفا لما نبين لكل واحد منهما على الانفراد اذا قال في غير حالة الغضب لست لابيك ونحوه فلما ذكرنا واما اذا نفاه عن جده فلانه صادق في كلامه فلانه ابن ابيه لا ابن جده واما اذا قال لعربي يا نبطي فلانه يراد به التشبيه في الاخلاق وعدم الفصاحة فلا يكون قذفا في الاثر انه يقال للمصري انت رستاقي وانت قروي ويراد به ما ذكرنا لا القذف وقال ابن ابي ليلى هو قذف فيحد فيه لانه نسبه الى غير ابيه والحجة عليه ما بيناه وروي عن ابن عباس انه سئل عن رجل قال لرجل من قريش يا نبطي فقال لا حد عليه ... وعلى هذا الخلاف لو

نسبه الى قبيلة اخرى غير قبيلته التي ينسب اليها هو او ذا نفاه عن قبيلته واما اذا قال لرجل يا ابن ماء السماء فلانه يراد به الجود والسماحة والصفا وكان عامر ابن حارثة يلقب بماء السماء لكرمه وقالوا بانه كان يقيم ماله

١٠٤

في الحط مقام القطر وتسميت ام المنذر بن امرئ القيس بماء السماء لحسنها وجمالها وقيل لان اولادها
بنوا ماء السماء وهم ملوك العراق واما اذا نسبه الى عمه او خاله او مربيه فلانه ينسب اليهم عادة مجازا
وكذا اذا نسبه الى جده لا يجب الحد لهذا المعنى قال الله تعالى حكاية عن اسماعيل وبنيه عليهم الصلاة والسلام حين عليه
حضرته الوفاة قالوا نعبد الهك واله اباءك ابراهيم واسماعيل واسحاق وابراهيم كان جده واسحاق اباه و
اسمعيل عمه وقال تعالى ورفع ابويه على العرش يعني اباه وخالته وقال عليه الصلاة والسلام الخال اب
وقال تعالى حكاية عن نوح عم ان ابني من اهلي قيل انه كان ابن امرأته ونسبه الى المربي في الكتاب
دون زوج الام بينت الى ان العبرة فيه للتربية لا غير حتى لو نسبه الى من رباه وهو ليس بزوج لامه
وجب ان لا يحد قال ولو قال يا ابن الزانية وامه ميتة فطلب الوالد او الولد او ولده اي ولد الولد
حد لانه قذف محصنة بعد موتها ولهؤلاء الذين ذكرهم مطالبته لوقوع القدح في نسبهم بقذفها فيحد
بطلبهم دفعا للعار عنهم ولا يطالب بحد القذف للميت الا من وقع في نسبه القدح وهم الاصول والفروع
لانه يلحقهم العار بذلك وان علوا او سفلوا لمكان الجزئية فكان القذف متناولا لهم معنى فكانت العار الحاصلة
والضرر الراجع الى الاصول والفروع كالضرر الراجع الى نفسه وكذا النفع الراجع اليهم كالراجع الى نفسه
الا ترى ان ذلك يمنع قبول الشهادة لهم ودفع الزكاة اليهم ويمنع الوكيل من البيع لهم وغير ذلك من الاحكام وعن محمد
انه لا يثبت المطالبة لولد البنت لانه منسوب الى ابيه لا الى امه فلا يلحقه الشين بزنا الى امه وجوابه ما ذكرنا
ان الشين يلحقه اذ النسب ثابت من الطرفين ولهذا لو قذف امه كان له ان يخاصم ولو كان كما قاله لما
خاصم كذا له ان يخاصم بقذف ابيها اذ المعنى يشملهما ولو كان اصل المحصن او فرعه كافرا او عبدا فله ان يطالب
بالحد خلافا لزفر هو يقول القذف يتناوله معنى لرجوع العار فلا يطالب بالحد كما اذا تناوله صورة ومعنى
بان قذف نفسه بل اولى لانه اخف ولنا انه من اهل الاستحقاق اذ الكفر او الرق لا ينافيه ولقد عيّره بنسبة
محصن الى الزنا فله ان يأخذه بالحد بخلاف ما اذا قذف نفسه لانه ليس بمحصن فلا يلحقه العار على الكمال لانه
يتحقق عند شرف المنسوب الى الزنا ويثبت الولد مع قيام ولد الولد خلافا لزفر هو يقول ان الشين يلحقه فوق ما
يلحق ولد الولد فصار هو معه كالمقذوف مع ولده فاعتبر هذا بالكفاءة فانه لا حق في الخصومة للابعد
مع الاقرب ولنا ان حق الخصومة باعتبار لحوق العار وهما فيه سواء بخلاف الكفاءة فان الحق ثم باعتبار
الولاية على ما قال عليه الصلاة والسلام الانكاح الى العصبات ولهذا لا يعتبر الارث في القذف وهناك يعتبر بخلاف
المقذوف حيث لا يكون لاحد معه حق لان حق الخصومة له باعتبار نيل القاذف من عرضه ولا ينال احد احد
في هذا المعنى ولا يثبت لغيره فيه حق مع وجوده خلافا لابن ابي ليلى فيما اذا كان المقذوف غائبا وهو يعتبره بموته
والحجة عليه ما ذكرنا واعتباره بموته باطل لانه بالموت بطلت اهليته ولم تنتج خصومته بخلاف ما اذا كان حيا
ولابن هذا الحق الا للوارث
عند الشافعي حق لا يكون لابنه
الكافر والعبد واولاد الابنة
لمطالبة به وهذا مبني على ان الارث
الغالب فيه حق العبد عنده فيورث
وعندنا حق الله تعالى فلا يورث
للخصومة للعبد باعتبار ما يلحق
من الشين لحد السرقة فانه حق الله تعالى
ولصاحب المال الخصومة باعتبار
المال قال
ولا يطالب ولد وعبد اباه

ولا يثبت بحبسه فالحد اولى لعدم الشين بحبسه وسيده بقذف امته لانهما لا يعاقبان بسببهما حتى سقط
القصاص بقتلهما لقوله عليه السلام لا يقاد الوالد بولده ولا السيد بعبده فالحد اولى لعدم الشين بسببه وكونه حقا
لله تعالى فيحتمل انه صادق بالنسبة الى الزنا ولان ما يجب للعبد يكون حقا للمولى فلو وجب لوجب له على نفسه
١٠٦ وهو محال ولو كان لها ابن من غيره او اب او نحوه وليس بمملوك له فله ان يطالبه بالحد لوجود السبب و
عدم المانع لان سقوط حق بعضهم لا يوجب سقوط حق الباقين بخلاف القصاص والفرق بينهما ان القصاص
حق العبد يستحقونه بالميراث ولهذا يثبت لجميع الورثة بقدر ارثهم فاذا سقط حق بعضهم وهو لا يقبل
التجزي سقط حق الباقين ضرورة واما حد القذف فحق الله تعالى وانما للعبد حق الخصومة اذ لحقه به
شين فيثبت لكل واحد منهم على الكمال فسقوط حق بعضهم في الخصومة لا يسقط حق الباقين ولهذا كان للابعد
منهم حق مع وجود الاقرب قال ويبطل بموت المقذوف لا بالرجوع والعفو يعني حد القذف يبطل بموت
المقذوف ولا تبطل بالرجوع عن الاقرار ولا بالعفو وكذا بموته في اثناء الحد يبطل لان فيه حق الله تعالى
وحق العبد فبالنظر الى حق الله تعالى يبطل بالموت ولا يبطل بالعفو وبالنظر الى حق العبد لا يبطل بالرجوع
بخلاف غيره من الحدود وانما قلنا بان فيه الحقين لانه من حيث انه شرع لصيانة عرض العبد ولدفع العار
عن المقذوف وهو الذي ينتفع به على الخصوص صار حقا للعبد ومن حيث انه شرع زاجرا واخلاء للعالم
عن الفساد صار حقا لله تعالى فلهذا اشبه حق الله تعالى فلما تعارضت فيه الادلة تعارضت فيه الاحكام ايضا
فمن حيث انه حق الله تعالى لا يباح القذف بالاباحة ويستوفيه الامام دون المقذوف ولا ينقلب مالا عند
سقوطه وينتصف بالرق ولا يحلف القاذف ولا يؤخذ منه كفيل الى ان يذهب ولا يورث ولا يصح فيه العفو ولا يجوز
الاعتياض عنه ويجري فيه التداخل ويشترط فيه احصانه ومن حيث انه حق العبد يشترط فيه الدعوى
ولا يبطل بالتقادم ويجب على المستامن ويقيمه القاضي بعلمه ويقدم استيفاؤه على الحدود ولا يبطل بالرجوع
ولا يصح الرجوع فيه عن الاقرار فاذا تعارض فيه الحقان كان الغالب فيه حق الله تعالى عندنا وعند الشافعي
حق العبد لحاجته وغنى الشرع اذ هو الاصل فيما اذا اجتمع فيه الحقان ونحن رجحنا جانب المقصود والاسم
فان المقصود منه اخلاء العالم عن الفساد فكان فيه امن كلي يرجع الى حق العامة فكان الغالب فيه حق الشرع
وتسميته بالحد ينبئ عن ذلك ولهذا يشترط فيه الاحصان ولا يحلف فيه القاذف عن ذلك ولا ينقلب مالا عند
السقوط ولا يستباح بالاباحة وما للعبد من الحق يكون داخلا فيه اذ المقصود واحد فانه يمكن من اعانة لان
ما للعبد يتولاه مولاه ولا كذلك العكس لانه لا ولاية للعبد في استيفاء حق الشرع وانما يقدم حق العبد فيما
اذا اختلف الحقان ولم يمكن الجمع بينهما وهنا امكن ولا حاجة اليه وعن ابي يوسف ان عفوه يصح لان اكثر
الخصومة به مكتوبة قلنا هو حق الله على ما بينا فلا يصح عفوه فيطالب بعده ان شاء بخلاف موته حيث لا يطالب بعد
اصلا بعد موته لانه بعد ذلك
للحوق العار بالمقذوف قصدا
ويعده من الاصول والفروع
تبعا فاذا بطل حقه الفضلي
بالموت بطل الضمني منه وردة
وقال فخر الاسلام ابو اليسر
الصحيح ان الغالب فيه حق العبد
لانه هو المنتفع به على الخصوص
وقد نص محمد في الاصل ان حد
القذف حق العبد كالقصاص
واجاب عن الاحكام

التي تدل على انه حق الله تعالى لخطابه على وفق مذهبنا فقال في تفويض الاقامة الى الامام لان كل احد
لا يهتدي الى الاقامة وانما لا يورث لكونه مجرد حق كحق الشفعة وشرط الخيار كذا في شرحه وكذا لا يجوز الا
عتياض عنه لهذا المعنى بخلاف القصاص لانه في ملك العين وانما لا يصح عفوه لانه متولى عليه في حق الاقامة
ولانه منعت في العفو لانه في الحقيقة رضي بالعار والرضا بالعار عار والاظهر الاول قال ولو قال
زنأت في الجبل وعنى الصعود حد وقال محمد والشافعي لا يحد لانه نوى ما يحتمله لفظه وهذا لان المهموز
منه للصعود حقيقة قالت امراة من العرب وارقى الى الخيرات زنأ في الجبل اي صعودا وذكر الجبل يقرره
مرادا وحرف في لا ينافي الصعود كما في البيت وكما في قوله تعالى كانما يصعد في السماء فاذا نفى احتماله يورث
شبهة ولابي حنيفة وابو يوسف ان ظاهر هذا اللفظ للفاحشة لا للصعود وان كان يستعمل فيهما فصار كما
لو قال زنأت ولم يذكر الجبل وهذا لان المهموز منه لا ينافي الفاحشة لان من العرب من يهمز الملين
يقال دابة وشابة وابياض لالتقاء الساكنين ومنهم من يهمز بغير التقاء الساكنين كما يلينون المهموز
كراس وادم ولا فرق بين المهموز والملين ولهذا لو لم يعن به الصعود يجب الحد اجماعا ولو لم يكن قذفا
اوكان محتملا لما وجب وذكر الجبل انما تعين للصعود اذا كان مقرونا بكلمة على اذ هو المستعمل فيه وكان المسئلة
مفروضة في حالة الغضب والسباب ودلالة الحال ترجح جانب الفاحشة فاستعمال كلمة في بمعنى كلمة على
مجاز كقوله تعالى ولاصلبنكم في جذوع النخل فلا يزاحم الحقيقة لانها الاصل فلا يصار الى المجاز مع امكانها
ولا تسمع دعواه ذلك كما لو قال زنيت ثم قال عنيت به الزنا فيما دون الفرج ولو قال زنأت على الجبل
قيل يحد وقيل لا يحد لان كلمة على تستعمل في الصعود وفي الكلمة فرجه يقال زيد على السطح وعليه قميص
فيعتبر الظاهر ويحتمل في الحدود احتيالا للدرء قال ولو قال يا زاني وعكس حدا يعني لو قال لرجل
يا زاني وعكس الاخر بان قال لا بل انت يحدان جميعا لان كل واحد منهما قذف صاحبه اما الاول فظاهر
وكذا الثاني لان معناه للتاكيد معنى الاضراب فيصيب فاذن قال ولو قال لامراته يا زانية وعكست
حدت ولا لعان يعني عكست المراة بان قالت لا بل انت على نحو ما ذكرنا فصار لكل واحد منهما قاذف لصاحبه
على ما بينا فقذفه يوجب اللعان وقذفها يوجب الحد فيبدا بالحد لان في الابتداء به فايدة وهو ابطال اللعان
لان المحدود في القذف ليس باهل للعان ولا ابطال في عكسه اصلا لان الملاعنة تحد حد القذف لان احصانه
لا يبطل باللعان والمحدودة لا تلاعن لسقوط الشهادة به فيحتال لدفع اللعان اذ هو في معنى الحد ولا يقال
قد وجد ما يوجب تقديم الحد وهو قذفه لها سابقا على قذفها له لانا نقول لا عبرة بذلك الا ترى ان
الرجلين اذا تقاذفا يحدان من غير مراعاة للترتيب بين البادي منهما بالقذف لعدم الفائدة فهذا
نظيره ونظير الاول ما اذا قال لامراته يا زانية وبنت الزانية حيث صار قاذفا لها ولامها فقذفها يوجب

قال

اللعان وقذف امها يوجب الحد فيبدا بالحد ليسقط اللعان على ما بينا ... زنيت بك بطل الحد واللعان ... ذلك صوابا لقوله يا زانية ... وانما بطل الحد واللعان ... به لانه قذفها بقوله يا زانية وهي صدقته ... مجهولا ... زنيت بك لانه يحتمل انها ارادت

النكاح فيكون ذلك تصديقا لها فيما اذا زنيت فيسقط اللعان لتصديقها اياه ولا يجب عليها الحد
لانها قذفته ولم تصدقه هو ويحتمل انها ارادت به حال قيام النكاح اي زناي هو الذي كان معك
بعد النكاح لاني ما مكنت احدا غيرك ولا اعقل منك فعل الزنا وهو المراد به في مثل هذه الحالة
لانه اغضبها او اذاها فغضبته وتوخذ مستمسكة بقوله تعالى الزانية لا ينكحها الا زان او مشرك وسمته
زنا للمقابلة وان لم يكن زنا حقيقة كقوله تعالى وجزاء سيئة سيئة مثلها وكقوله تعالى فمن اعتدى عليكم
فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم فعلى هذا لا تكون مصدقة له ولا قاذفة له فلا يجب عليها الحد
ويجب اللعان بقذفه فاذا كان كل واحد منهما يجب في حال دون حال فلا يجب واحد منهما بالشك
وعلى هذا لو قالت له ابتداء زنيت بك ثم قذفها هو لا يجب على واحد منهما الحد ولا اللعان لما ذكرنا
من الاحتمال وكذا لو قالت زنيت معك بدل قولها زنيت بك للاحتمال الذي ذكرنا ويحتمل ايضا
معنى اخر وهو اني زنيت بحضورك وانت تشهد فلا يكون قذفا له ولو قالت زنيت بك قبل ان اتزوجك
تحد المراة دون الرجل لان كلا منهما قذف صاحبه غير انها صدقته فبطل موجب قذفها ولو كان ذلك
كله مع امراة اجنبية حدت المراة دون الرجل لما ذكرنا من تصديقها وعدم الاحتمال الذي
ذكرناه مع الزوجة قال وان اقر بولد ثم نفاه لاعن لان نفي ولد امراته يوجب اللعان لما
ذكرنا في باب اللعان ولم يوجد ما يؤيد ذلك من تصديق او تكذيب قال وان عكس حد
اي قال عكس الاول بان نفاه اولا ثم اقر انه ولده وانما يحد ولا يلاعن لانه لما اقر بعد ما نفاه
اولا ثم اقر بانه ولده بعد ما نفاه سقط اللعان ووجب الحد لاكذابه نفسه وهذا لان اللعان حد
ضروري صير اليه للتكاذب فاذا بطل التكاذب بالاكذاب صير الى الاصل وهو الحد قال
والولد له فيهما اي يثبت نسب الولد منه في الفصلين لاقراره به سابقا او لاحقا وليس من ضرورة
اللعان نفي نسبه نظيره ما مر في اللعان فيما اذا ولدت توامين فاقر باحدهما ونفى الاخر
قال ولو قال ليس بابني ولا بابنك بطلا اي بطل الحد واللعان لانه انكر الولادة اصلا
فيكون انكارا للزنا بل هو انكار للوطي فلا يجب بمثله حد ولا لعان ولهذا لو قال لاجنبي
لست بابن فلان ولا فلانة وهما ابواه لا يجب عليه شيء قال ومن قذف امراة لم يدر ابو ولدها
لاعنت بولد او رجلا وطئ في غير ملكه او امة مشتركة او مسلما زنا في كفره او مكاتبا مات عن وفاء
لا يحد لوجود الشبهة او لفقد شرطه من احصان المقذوف اما اذا قذف امراة معها ولد لا يعرف
له اب او امراة لاعنت بولد فلوجود امارة الزنا لان الولد الذي ليس له اب يعرف من الزنا ظاهرا
فقد تمكنت في احصانها شبهة العدم لفوات العفة ظاهرا والحدود تندرئ بالشبهات ولا فرق بين

لانه هذه الشبهة لا تزول بموت الولد فتقرر ... او بعدها من ان تكون والدة بموته ... بخلاف ما اذا لاعنت بغير ولد ... حيث يحد قاذفها لعدم امارة الزنا لان اللعان قائم مقام حد القذف في جانب الزوج فكان مؤكدا للعفة ولا يقال اللعان في جانبها قائم مقام

حد القذف في جانب الزوج فكان موكد للعفة ولا يقال اللعان في جانبها قايم مقام حد الزنا فكانت
محدودة فيجب ان لا يحد قاذفها لانا نقول لعانها قايم مقام الحد بالنسبة الى الزوج لا بالنسبة الى غيره
الا ترى ان لعان الزوج قايم مقام حد القذف بالنسبة اليها لا بالنسبة الى غيرها الا ترى ان شهادته
تقبل اذ لو كان محدودا في حق الكل لما قبلت ولان لعانه قايم مقام حد القذف فيكون موكدا للاحصانها
ولو اكذب نفسه بعد اللعان يحد قاذفها لزوال التهمة فيكون القاذف صادقا فيه بثبوت النسب منه
واما اذا قذف رجلا وطئ في غير ملكه او امة مشتركة فلفوات العفة فيكون القاذف صادقا فيه والاصل
ان كل من وطئ وطئا حراما لعينه لا يحد قاذفه لان الزنا هو الوطئ المحرم لعينه وان كان محرما لغيره حد
قاذفه لانه ليس بزنا فالوطئ في غير الملك من كل وجه كالاجنبية او من وجه كالامة المشتركة او في الملك
والحرمة موبدة كالامة التي حرمت عليه بالرضاع او المصاهرة بشرط ان يكون ثبوتها بالاجماع او بحديث مشهور
عند ابي حنيفة يسقط الاحصان حتى لا يحد قاذفه لان التحريم المؤبد ينافي ملك المتعة وان لم ينافي ملك
الرقبة فصار الوطئ واقعا في غير الملك من وجه فيصير زنا وذكر الكرخي انه لا يسقط الاحصان به لان
الوطئ حرام ينعقد مع قيام الملك فصار كما لو كانت الحرمة موقتة والصحيح الاول لثبوت التضاد بين الحل والحرمة
لان الحل لا يتصور فيه فلا يكون فيه شبهة الحل ولا كذلك اذا كانت الحرمة موقتة لان المحل فيه يقبل
الحقيقة فيكون شبهة ولا يقال انكم قلتم لا يجب عليه الحد بوطيها وعلى اعتبار ما ذكرتم هنا ينبغي ان يجب عليه
حد الزنا لوجود الزنا وانتفاء الشبهة لانا نقول وجود الملك من وجه اثر في سقوط حد الزنا كما اثر وعدمه
في سقوط حد الاحصان من وجه الاحصان حتى لا يجب على قاذفه حد فاستوى الحكمان في انتفاء الحد
وهذا لان المحل لما كان مملوكا له من وجه دون وجه فباعتبار الملك لا يجب الحد عليه بوطئها وباعتبار
عدم الملك لا يجب الحد على قاذفه ومن الحرمة لعينه وجارية ابنه والمنكوحة نكاحا فاسدا والامة المستحقة والمكرهة
على الزنا ومنها اذا زنا بامراة ثم اشترى امها او ابنتها او تزوجها فوطيها او زنا ابوه بامراة
ثم تزوجها الابن او اشتراها فوطيها لان حرمة المصاهرة هنا بالوطئ منصوص عليه بقوله تعالى ولا
تنكحوا ما نكح اباؤكم فلا يعتبر فيه الخلاف وكذا لو تزوج محارمه ودخل عليها او جمع بين الاختين او غيرها
من المحارم او تزوج امة على حرة فوطيها كل ذلك يسقط الاحصان لثبوت حرمتها بالاجماع او بالنص
وان كانت الحرمة غير موبدة كالامة المجوسية والمجوسية لا يسقط احصانه بوطئها وكذا اذا اشترى امة شراء
فاسدا او كانت في ملكه امتان هما اختان فوطئهما او احداهما او وطئ مكاتبته او الحايض او امرأته التي ظاهر
منها او المحرمة كل ذلك لا يسقط الاحصان لان ملك المتعة ثابت فيهن والحرمة عارضة على شرف الزوال ولو نظر
الى فرج امراة او لمسها بشهوة ثم تزوج امها او بنتها او اشتراها فوطيها لا يسقط احصانه عند ابي حنيفة وعندهما
يسقط احصانه لثبوت الحرمة بالنص ... عندنا بالوطئ كما ثبت بالوطئ ... ان هذه الامة ثبتت بدليل ... محتمل وهو خبر الواحد ... اووقوع احتياط من جهة ... افادة الحكم مقام الحد ... احتياطا فلا يسقط الاحصان ... الثابت بيقين ... المصاهرة بالوطئ على ما بينا ... وامة اذا قذف مسلما بالزنا ... فقال لغيره يا زاني فلان انه صادق فيه ... وهذا لان الزنا يتحقق من ... الحربي كان او ذميا ... في دار الاسلام

او في دار الحرب فسقط فيه احصانه واما اذا قذف مكاتبا مات وترك وفاء فلتمكن الشبهة في حريته
لان الصحابة رضي الله عنهم اختلفوا انه مات حرا او عبدا فاورث شبهة والاحصان لم يكن ثابتا فلا
يثبت بالشك **قال** وحد قاذف واطئ امة مجوسية او حائض او مكاتبة ومسلم نكح امة في كفره
على ما ذكرنا ان ملكه في هذه الاشياء ثابت وفي من تزوج امه او غيرها من المحارم في حالة كفره خلاف ابي
يوسف ومحمد فانه عندهما لا يحد قاذفه وهو مبني على ان نكاحهم عنده صحيح وعندهما فاسد وقد ذكرناه
في نكاح المجوس محارمهم وفي المكاتبة خلاف ابي يوسف هو يقول وطيها حرام على المولى وانما سقط للشبهة
لان الحرمة ثابتة بالاجماع لخروج المتعة عن ملكه حتى لزمه العقر بوطئها **قلنا** ملكه فيها ثابت من كل وجه
ولهذا جاز عتقها عن كفارة اليمين ووجوب العقر لا ينافي الحل فكيف ينافي الشبهة **قال** ومستامن قذف
مسلما اي يحد مستامن قذف مسلما وكان ابو حنيفة اولا يقول لا يحد لان المغلب فيه حق الله تعالى فصار
كساير الحدود ثم رجع الى ما ذكر هنا ووجهه ان فيه حق العبد وقد التزم ايفاء حقوق العباد ولانه
التزم ان لا يوذي ومو جبه اذا اذى طمعا في ان لا يوذي والله اعلم **قال** ومن قذف او زنى او
شرب مرارا فحد فهو لكله لان المقصود من اقامة الحد حقا لله تعالى اخلاء العالم عن الفساد والانزجار
عن مباشرة سببه في المستقبل وهو يحصل بحد واحد او يحتمل حصوله فتخلى الثاني عن المقصود او
يحتمله فيمكن فيه شبهة فوات المقصود فلا يشرع اذ الحدود تدرأ بالشبهات بخلاف ما اذا زنى وقذف
وشرب حيث يحد لكل واحد منها لعدم حصول المقصود بالبعض اذ الاغراض مختلفة فان المقصود
من حد الزنا صيانة الانساب ومن حد القذف صيانة الاعراض ومن حد الشرب صيانة العقول فلا يحصل
بكل جنس الا ما قصد بشرعه وعلى هذا الجلد للقذف الا سوطا ثم قذف آخر في المجلس فانه يتم الاول
ولا شيء عليه للثاني للتداخل ولو ضرب للزنا او للشرب بعض الحد فهرب ثم زنا او شرب ثانيا حد
حدا مستانفا ولو كان ذلك في القذف ينظر فان حضر الاول الى القاضي يتم الاول ولا شيء للثاني
وان حضر الثاني وحده يجلد حدا مستانفا للثاني ويبطل الاول ولو قذف عبد فاعتق ثم قذف
آخر فاخذه الاول فضرب اربعين ثم اخذه الثاني يتم له ثمانون وقال الشافعي ان حد القذف
لا يتداخل الا اذا قذف جماعة بكلمة واحدة او واحدا بزنا واحد وهذا مبني على ان المغلب فيه عنده
حق العبد ولا تداخل في حقوق العباد وعندنا المغلب فيه حق الله تعالى فيتداخل وحكي عن ابن ابي ليلى
كان قاضيا بالكوفة فسمع يوما رجلا يقول عند باب مسجد لرجل يا ابن الزانيين فامر باخذه فادخل
المسجد فضربه حدين ثمانين ثمانين لقذف الوالدين فاخبر ابو حنيفة بذلك فقال يا للعجب من قاضي
بلدنا قد اخطا في مسئلة واحدة من خمسة اوجه حده من غير خصومة المقذوف وضربه حدين
ولا تجب عليه الا حد واحد ولو قذف القاذف الحدين والواجب ان يفصل بينهما بيوم او اكثر وحده في المسجد وقد قال عليه الصلاة والسلام جنبوا مساجدكم صبيانكم ومجانينكم وسل سيوفكم واقامة حدودكم والخامس ينبغي

ان يكشف عن المقذوف حيث اوميتين لتكون الخصومة اليهما او الى ولدهما وان اجتمعت على واحد
اجناس مختلفة بان قذف وزنا وشرب وسرق يقام عليه الكل ولا يوالى بينهما خيفة الهلاك
بل ينتظر حتى يبرا من الاول يبدأ بحد القذف اولا لان فيه حق العبد ثم الامام بالخيار ان شاء
بدا بحد الزنا وان شاء بالقطع لاستوائهما في القوة اذ هما ثابتان في الكتاب ويؤخر حد الشرب لانه
اضعف منهما ولو كان مع هذا جراحة توجب القصاص بدأ بالقصاص لانه حق العبد ثم حد القذف ثم الاقوى
فالاقوى على ما ذكرنا **فصل في التعزير** لما ذكر الحدود وهي الزواجر المقدرة شرع في الزواجر
غير المقدرة اذ هو يحتاج اليه لدفع الفساد كالحدود وهو تاديب دون الحد واصله من العزر بمعنى
الرد والردع وهو مشروع بالكتاب والسنة واجماع الائمة قال الله تعالى فاضربوهن الآية وقال عليه الصلاة
والسلام لا ترفع عصاك عن اهلك وروي انه عليه السلام عزر رجلا قال لغيره يا مخنث وحبس رجلا بالتهمة و
اجمعت الامة على وجوبه في كبيرة لا يوجب الحد او جناية لا توجب الحد ثم هو قد يكون بالحبس وقد يكون بالصفع
وبتعريك الاذان وقد يكون بالكلام العنيف او بالضرب وقد يكون بنظر القاضي اليه بوجه عبوس
وليس فيه شيء مقدر وانما هو مفوض الى راي الامام على ما تقتضي جناياتهم فان العقوبة تختلف باختلاف الجناية
فينبغي ان تبلغ غاية التعزير في الكبيرة كما اذا اصاب من الاجنبية كل محرم سوى الجماع او جمع السارق
المتاع في الدار ولم يخرجه وكذا ينظر في احوالهم فان من الناس من ينزجر باليسير ومنهم من لا ينزجر
الا بالكثير وذكر في النهاية التعزير على مراتب تعزير اشراف الاشراف وهم العلماء والعلوية بالاعلام وهو
ان يقول القاضي له بلغني انك تفعل كذا وتعزير الاشراف وهم الامراء والدهاقين بالاعلام والجر الى
باب القاضي والخصومة في ذلك وتعزير الاوساط وهم السوقية بالاعلام والجر والحبس وتعزير الاخسة
بهذا كله والضرب وعن ابي يوسف ان التعزير باخذ الاموال جائز للامام وسئل الهندواني عن رجل
وجد رجلا مع امرأة ايحل له قتله قال ان كان يعلم انه ينزجر بالصياح والضرب بما دون السلاح لا وان علم انه
لا ينزجر الا بالقتل حل له القتل وان طاوعته حل له قتلها ايضا وفي المنية راى رجلا مع امرأة يزني بها او مع
محرمه وهما مطاوعتان قتل الرجل والمرأة جميعا **قال** ومن قذف مملوكا او كافرا بالزنا او مسلما بيا فاسق
يا خبيث يا كافر يا لص يا فاجر يا منافق يا لوطي يا من يلعب بالصبيان يا آكل الربا يا شارب الخمر يا ديوث
يا مخنث يا خائن يا ابن القحبة يا زنديق يا قرطبان يا مأوى الزواني او اللصوص يا حرام زاده عزر لما روينا
ولانه اذاه بالحاق الشين به ولا مدخل للقياس في باب الحدود فوجب التعزير وتفسير قرطبان هو الذي يرى
مع امرأته او محرمه رجلا فيدعه خاليا بها وقيل هو المتسبب للجمع بين اثنين لمعنى وقيل هو الذي يبعث امرأته مع
غلام بالغ او مع من ارعه الى الضيعة او ياذن لهما بالدخول عليها في غيبته وعلى هذا يعزر من قال يا سارق وهو ليس
كذلك او يا ابن الفاسق
او يا ابن الحجام او النصراني
او قال للمرأة يا قحبة وهي لا تكون قحبة
ذكره الفقيه **قال** يا كلب يا حمار يا خنزير
يا تيس يا بقر يا حية يا حجام يا بغا يا مواجر يا ولد الحرام
يا عيار يا ناكس يا منكوس يا مسخرة يا ضحكة
يا كشخان يا ابله يا موسوس لا يعزر
بهذه الالفاظ كلها لان من عادتهم
اطلاق الحمار ونحوه بمعنى البلادة
او الحرص او نحو ذلك ولا يريدون به
الشتيمة الا ترى انهم يسمون به

ويقولون عياض بن حمار وسفيان الثوري وابو ثور وجمل ولان المقذوف لا يلحقه شين بهذا الكلام وانما
يلحق القاذف وكل احد يعلم انه آدمي وليس بكلب ولا حمار وان القاذف كاذب في ذلك وحكي الهندواني انه
يعزر في زماننا بمثل قوله يا كلب يا خنزير لانه يراد به الشتم في عرفنا وقال شمس الائمة السرخسي الاصح
عندي انه لا يعزر وقيل ان كان المسبوب من الاشراف كالفقهاء والعلوية يعزر ~~وقيل ان كان~~ لانه يعد شينا
في حقه ويلحقه الوحشة بذلك وان كان من العامة لا يعزر وهذا احسن ما قيل فيه ومن الالفاظ التي لا توجب
التعزير قوله يا رستاق ويا ابن الاسود ويا ابن الحجام وهو ليس كذلك **قال** واكثر التعزير تسعة وثلثون
سوطا وفي رواية عن ابي يوسف تبليغ بالتعزير خمسة وسبعون سوطا وفي رواية عنه تسعة وسبعون وفي رواية
عنه انه تقريب كل جنس الجناية فيقرب الى المس والقبلة من حد الزنا والقذف لغير المحصن او للمحصن بغير الزنا
من حد القذف هذا خاص لكل نوع الى نوعه وعنه يعتبر على قدر عظم الجرم وصغره وقول محمد فيه مضطرب
فانه ذكر في بعض النسخ مع ابي حنيفة وفي بعضها مع ابي يوسف والاصل فيه قوله عليه الصلوة والسلام من بلغ حدا
في غير حد فهو من المعتدين فيعزر تبليغه حدا بالاجماع غير ان ابا حنيفة اعتبر ادنى الحدود وهو حد العبد
لان مطلق ما رويناه يتناوله واقله اربعون وابو يوسف اعتبر حد الاحرار لانهم هم الاصول واقله ثمانون فنقص
عنه سوطا وفي رواية خمسة وروي ذلك عن علي انه فعله فقلده او اعتبر نفس الجرم لان العقوبة تختلف
باختلاف الجرم كالحد فقرب الجرم الكبير من اكثر الحد وهو مائة وللصغير من الاقل وهو ثمانون سوطا
واجمعوا على ان العبد لا يبلغ به اربعين **قال** واقله ثلاثة اي اقل التعزير ثلاثة جلدات وهكذا ذكره
القدوري فكانه يرى ان ما دونها لا يقع به الزجر وليس كذلك بل يختلف باختلاف الاشخاص فلا معنى لتقديره
مع حصول المقصود بدونه فيكون مفوضا الى راي الامام بقيمة يقدر ما يرى المصلحة فيه على ما بينا تفاصيله وعليه
مشايخنا رحمهم الله **قال** ويصح حبسه بعد الضرب اي جاز للامام ان يحبسه بعد ما ضرب به التعزير لانه عجز
عن الزيادة من حيث العدد لما روينا وقد لا يحصل الغرض بذلك القدر من الضرب فجاز له ان يضم الحبس اليه
اذا راى فيه مصلحة وعند الائمة يصلح تعزيرا ابتداء حتى جاز الاكتفاء به ولهذا لا يحبس للمتهمة في التعزير لكونه اقصى
عقوبة فيه فيلزم التسوية بينهما وبين التحقيق فاذا صلح التعزير ابتداء وهو مشروع على ما رويناه من قبل جاز
المصير اليه عند تعذر الضرب لما يخاف زيادة الضربات فيه لان تقديره اليه **قال** واشد الضرب التعزير
لانه جرى فيه التخفيف من حيث العدد فلا يخفف من حيث الوصف كيلا يؤدي الى فوات المقصود وهو الانزجار و
يتقي المواضع التي تتقى في الحدود وروي عن ابي يوسف انه يضرب في الظهر والالية فقط ثم ذكر في حدود
الاصل يفرق التعزير على الاعضاء وفي اشربة الاصل يضرب التعزير في موضع واحد وليس في المسئلة اختلاف
رواية وانما اختلف الجواب لاختلاف الموضع فموضع الاول اذا بلغ بالتعزير اقصاه وفي موضع الثاني اذا لم يبلغ
م حد الزنا لانه ثابت بالكتاب
وحد الشرب ثابت بقول
الصحابة ولان جنايته
اعظم الا ان عند الاشتراك
قال وحد الشرب تتلف
بالعقوبة والزنا يؤدي
الى قتل النفس بان تخلق
منه ولد ليس له اب يربيه
فيهلك ولهذا شرع فيه الرجم
خلاف الشرب لهذا فاذا كانت
جنايته اعظم كانت عقوبته
اشد

قال رحمه الله ثم الشرب ثم القذف اي ثم حد الشرب ثم حد القذف لان جناية الشرب مقطوع بها بمشاهدة الشرب
والاحضار الى الحاكم مع الرائحة وجناية القذف غير مقطوع بها لاحتمال ان يكون القاذف صادقا فيه وعجزه عن
اقامة البينة لا تدل على عفة المقذوف فلم يتيقن بكذبه ولان حد القذف جرى فيه تغليظ من حيث رد الشهادة
على التابيد فخفف الضرب لئلا يؤدي الى فوات المقصود ولان الشارب قل ما يخلو عن القذف فيكون جامعا بين
الجنايتين واليه اشار علي رضي الله عنه بقوله واذا هذي افترى فيغلظ عليه الحد قال ومن حد او عزر فمات فدمه
هدر بخلاف الزوج اذا عزر زوجته لترك الزينة والاجابة اذا دعاها الى فراشه وترك الصلاة والغسل والخروج
من البيت وقال الشافعي تجب الدية في بيت المال اذ الحد والتعزير للتاديب فاذا هلك كان خطأ من الامام وضمان
خطائه فيما يقيمه من الاحكام في بيت المال لان نفع عمله يعود الى المسلمين فيكون الغرم في مالهم وهذا لانه لا يجوز
الاتلاف فيكون فعله مقيدا بشرط السلامة كالمرور في الطريق ورمي الغرض ونحوه ولنا ان الحد والتعزير يجب
عليه اقامته اذ هو مامور به والواجب لا يجامع الضمان كالفصاد والبزاغ اذا لم يتجاوز المعتاد كما لو تترس
الكفار بالمسلمين بخلاف المرور في الطريق وضرب الرجل امرأته ونحو ذلك لانه مباح فيتقيد بشرط السلامة
ولان فعله بامر الشرع فيكون منسوبا الى الامر فكانه امانة حتف انفه فلا يضمن وقوله بخلاف الزوج اذا
عزر زوجته الى اخره يشير الى انه يجوز له ان يضربها لهذه الاشياء والا فالضمان واجب عند التلف وان
ضربها لغير هذه الاشياء وذكر في المحيط وفي شرح المختار انه يجوز له ان يضربها على ترك الزينة وعد مثل
ما ذكرنا هاهنا ولم يذكر فيه ترك الصلاة وعلل لجواز الضرب بانه يجب عليها طاعته وطاعة الله تعالى فتعذر على
المخالفة وذكر في النهاية انه انما يضربها لمنفعة تعود اليه لا لمنفعة تعود الى المرأة الا ترى انه ليس له ان يضرب
بها على ترك الصلاة وله ان يضرب ولده على ترك الصلاة واورد في النهاية على ما ذكرنا ما اذا جامع امرأته
فماتت من الجماع او افضاها حيث لا يجب عليه شيء عند ابي حنيفة ومحمد وان كان الجماع مباحا ولم يتقيد بشرط
السلامة ثم اجاب وقال انما لا يجب هناك الضمان لان ضمان المهر قد وجب في ابتداء ذلك الفعل فلو وجبت الدية
بموتها كان فيه ايجاب ضمانين بمقابلة مضمون واحد وهو منافع البضع وذلك لا يجوز وعداه للمحيط
وروي عن ابي يوسف ان القاضي اذا لم يزد في التعزير على مائة لا يجب عليه الضمان اذا كان يرى ذلك لانه قد يزاد
اكثر ما عندنا وهو مائة فان زاد على مائة فمات تجب نصف الدية على بيت المال لان ما زاد على المائة غير ماذون
فيه فحصل القتل بفعل ماذون فيه وبفعل غير ماذون فيه فيتنصف ويثبت التعزير بشهادة رجلين او رجل
وامرأتين لانه من جنس حقوق العباد ولهذا تقبل فيه الشهادة على الشهادة ويصح العفو عنه وشرع في
حق الصبيان والتكفيل

كتاب السرقة

قال رحمه الله وهو اخذ مكلف خفية
قدر عشرة دراهم مضروبة محرزة بمكان او حافظ ويشترط ان تكون جيدة وانتفاء الشبهة ولا يشترط

علي صحيح

وفي اللغة اخذ الشيء من الغير على وجه الخفية والاستسرار ومنه استراق السمع لانه يسمع كلام المتكلم
على غرة منه وقد زيد في الشريعة اوصاف على ما بينا والمعنى اللغوي وهو الاستسرار مراعى فيها ابتداء
وانتهاء اذا كانت بالنهار او ابتداء لا غير اذا كانت بالليل اذا نقب الجدار على الاستسرار واخذ المال من
المالك مكابرة جهرا لانه وقت لا يلحقه الغوث فيه فلو لم يكتف بالخفية فيه ابتداء لامتنع القطع في
اكثر السراق ولا سيما في ديار مصر بخلاف ما اذا كانت في النهار لانه وقت يلحقه الغوث فيه وهي نوعان
سرقة صغرى وكبرى فالصغرى يسارق فيها عين المالك او ما يقوم مقامه في الحفظ وشرطها ان
تكون خفية على زعم السارق حتى لو دخل دار انسان فسرق واخرجه من الدار وصاحب الدار يعلم ذلك
والسارق لا يعلم انه يعلم قطع ولو كان السارق يعلم ان صاحب الدار يعلم ذلك لا يقطع لانه جهر والكبرى
يسارق فيها عين الامام ومن يقوم مقامه في الافاق لانه هو المتصدي لحفظ الطريق وقوله مضروبة
يشير الى انه اذا سرق فضة غير مضروبة وزنها عشرة او اكثر وقيمتها اقل من عشرة مضروبة لا تقطع
بخلاف المهر حيث يصح جعلها مهرا والفرق بينهما ان الحدود تدرأ بالشبهات فيتعلق بالكامل
والمهر يثبت مع الشبهة فيصح كيف ما كان وعلى هذا اواني الفضة او الورق اذا سرقها ووزنها عشرة
وقيمتها اقل او قيمتها عشرة ووزنها اقل لا يقطع وقيل المضروبة وغير المضروبة فيه سواء والاول اصح
وتثبت القيمة بقول رجلين عدلين لهما معرفة بالقيم لانه من باب الحدود فلا يثبت الا بما يثبت به
السرقة والمعتبر فيه وزن سبعة كما في الزكاة وقد بيناه هناك وقال الشافعي نصابه مقدر بربع دينار
وقال مالك بثلاثة دراهم لما روي انه عليه الصلاة والسلام قطع في مجن قيمته ثلاثة دراهم رواه الجماعة وفي لفظ
قيمته ثلاثة دراهم غير ان الشافعي قال كانت قيمة الدينار على عهد النبي عليه السلام اثني عشر درهما والثلاثة
ربعها والربع هو المعتبر الا ترى الى قول عائشة فيما رواه الجماعة كان رسول الله عليه السلام يقطع يد السارق
في ربع دينار فصاعدا وفيما رواه البخاري انه عليه السلام قال تقطع يد السارق في ربع الدينار ولنا قول ابن عباس
وابن عمر كانت قيمة المجن الذي قطع فيه على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم عشرة دراهم وقال عليه السلام لا قطع الا
في دينار او عشرة دراهم ولما اختلفوا في قيمة المجن مع اتفاقهم ان النصاب مقدر به مال مالك الى الاقل
للتيقن به وقال اصحابنا الى الاكثر للتيقن به لان احدا لم يقل ان العشرة لم يقطع بها وما دونه مختلف
فيه فلا يجب بالشك اذ الحدود تندرئ بالشبهات يؤيده ما رويناه من المرفوع وقالت الظاهرية تقطع يد
السارق بمطلق السرقة وليس له نصاب مقدر لاطلاق الكتاب قلنا هو مقدر بالمال فكذا بالنصاب لما
رويناه وحجتنا من الاجماع وما روي انه عليه السلام قال لعن الله السارق يسرق البيضة فتقطع يده ويسرق
الحبل فتقطع يده المراد به بيض الحديد و~~الحبال~~ الحبل النفيس الا ترى الى قول الاعمش وهو الراوي

بالشهادة باطل لان الزيادة فيها بعد تقليل بتهمة الكذب ولا تهمة في الاعداد فلا يفيد شيئا ولا يقال
يحتمل ان يرجع فيؤكد بالتكرار ليدل على الثبوت لانا نقول باب الرجوع فيه لا يشتد بالتكرار والرجوع عنه
في حق المال لا يصح لان صاحب الحق مكذبه وفي الزنا ورد على خلاف القياس فاقتصر عليه وذكر بشر
رجوع ابي يوسف الى قولهما **قال** او شهد رجلان لانه من الحدود فلا يقبل فيه الا شهادة الرجال
ويجب ان يسالهم الامام عن ماهية السرقة وكيفيتها ومكانها وزمانها والمسروق عنه ما بالغ زيادة
الاحتياط لانه يلتبس على كثير من الناس فانها تطلق على اشياء على الاستماع خفية وعلى تخفيف الصلاة
على ما قال عليه الصلاة والسلام من يسرق من صلاته يكون اسوأ الناس سرقة وكذا تختلف باختلاف الاحوال
فانه من يدخل يده من النقب او من الطاقة ويأخذ شيئا او في دار الحرب او بيت اذن له في دخوله او كان
المال فيه او لم يكن في حرز لا يقطع وكذا بالتقادم يسقط الحد دون المال اذا كانت بينة وكذا ينبغي ان
يسال عن المسروق منه هل هو اجنبي او قريب من السارق او زوج لانه يحتمل جميع ذلك فلانه من ابا هذه
الشبهة لانه مبني على الدرء ما استطيع ونحبسه الى ان يسال للتهمة بخلاف التعزير على ما بينا **قال** ولو جمعا
والاخذ بعضهم قطعوا ان اصاب لكل نصاب اي لو سرق جماعة وتولى الاخذ بعضهم قطعوا اذا اصاب لكل واحد
منهم عشرة دراهم لان المعتاد بين السراق ان يتولى بعضهم الاخذ ويستعد الباقون للدفع فلو امتنع الحد بمثله لامتنع
القطع في اكثر السراق فيؤدي الى فتح باب الفساد فيجري عليهم الحد جميعا استحسانا سدا للباب سواء اخرجوا معه من
الحرز او بعده في فوره او خرج هو بعدهم في فورهم لان بذلك يحصل التعاون وفيه خلاف زفر رحمه الله هو يقول ان
الاخراج من الحرز تحقق من الحامل وحده فيقتصر عليه وجوابه ما بيناه ولو كان فيهم صغير او مجنون سقط الحد عن
الباقين وقال ابو يوسف ان تولى الاخذ الصغير او المجنون لا يجب عليهم القطع وان اخذ الكبار العقلاء وجب لان
الاخذ هو الاصل والدرء التبع فسقوط الحد عن الاصل يوجب سقوطه عن التبع بخلاف العكس **قلنا** الحامل لا يتمكن من الخروج
الا بقوة الردء فصار كما شاركوا في المباشرة معنى على ما مر بتمامه في السرقة الكبرى ويشترط ان يصيب لكل واحد منهم نصاب اذ لا قطع
فيما دون النصاب وقال مالك يقطعون بنصاب واحد لان هذا القدر من المال موجب للقطع فاذا اشتركوا اجري على
جميعهم كالقصاص قلنا القصاص تعلق بسبب لا يتجزى وهو ازهاق الروح وينسب الى جميعهم بخلاف السرقة **قال** رحمه الله
لا يقطع بخشب وحشيش وقصب وسمك وطير وصيد وزرنيخ ومغرة ونورة والاصل فيه انه لا يقطع فيما يوجد تافها
مباحا في دار الاسلام لقول عائشة رضي الله عنها كانت الايدي لا تقطع على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم في الشيء التافه
اي الحقير ما يوجد في دار الاسلام مباحا في الاصل بصورته غير مرغوب فيه حقير والطباع لا تضن به ولهذا لا يختص باخذه
عادة ولا حاجة الى شرع الزاجر ولهذا لا يقطع بسرقة ما دون النصاب ولان الحرز فيها ناقص ولهذا يلقى غيرها في الدار
ثواب بل في القوارع كالخشب ونحوه وبعضها ينقلب فيقذف ويضيع فينقص الرغاب فيه كما ينقص في القليل فيمثله لا يشرع الزاجر

ولنا قوله عليه الصلاة والسلام الناس شركاء في ثلاثة الكلأ والماء والنار اثبت فيه شركة عامة فاذا انتفت
الشركة بالاحراز حقيقة تورث شبهة دارئة للحد كمال بيت المال والمغنم وكذا قوله عليه الصلاة والسلام الصيد
لمن اخذه يورث شبهة فاذا ثبتت الشبهة في هذه الاشياء وهي توجد مباحة في دار الاسلام فكذا في امثالها واما
الذهب والفضة واللؤلؤ والجوهر فقد روى هشام عن محمد انه اذا سرقها على الصورة التي توجد مباحة لا تقطع
وهو المختلط بالحجر والتراب وفي ظاهر المذهب يقطع لانها ليست بتافهة جنسا فان كل من تمكن من اخذه لا يتركه
فيقطع علامته ولا يقطع في الرخام ولا في القدور من الحجارة ولا في الملح **قال** وفاكهة رطبة او على شجر ولبن
ولحم وزرع لم يحصد واشربة وطنبور ونحوه والاصل فيه ان سرقة ما يسارع الفساد اليه من المعازف او التركة من غير
حرز لا يوجب القطع لقوله عليه الصلاة والسلام لا قطع في ثمر ولا كثر رواه ابو داود وغيره والكثر الجمار وهو شيء ابيض
لين يخرج من راس النخل ومن قال الكثر الحطب او صغار النخل فقد اخطا ذكره المطرزي وذكر الجوهري
ان الجمار شحم النخل والمراد بما يتسارع اليه الفساد وهو الرطب وسئل عليه الصلاة والسلام عن التمر المعلق فقال من
اصاب بفيه من غير ذي حاجة غير متخذ خبنة فلا شيء عليه ومن خرج بشيء منه فعليه غرامة مثله والعقوبة ومن
سرق منه شيئا بعد ان يؤويه الجرين فبلغ ثمن المجن فعليه القطع رواه النسائي وابو داود والجرين هو الموضع
الذي يلقى فيه الرطب ليجف والجران الموضع الذي يعصر فيه العنب او التمر ولان الفاكهة على الشجر والزرع الذي
لم يحصد لم يوجد فيه الاحراز والقطع بدونه غير مشروع ويدخل في اللحم القديد منه لانه يتوهم فيه الفساد وفي الفواكه
الرطبة العنب وكذا الرطب في المختار لانه يخاف فيه الفساد من وجه بخلاف الزبيب والتمر وقال الشافعي يقطع
في الفواكه الرطبة وفيما يتسارع اليه الفساد من الاطعمة والاشربة بما رويناه قلنا اخرجه على وفاق العادة لان
ما يؤويه الجرين هو اليابس من الثمار عادة ونحن نقول به اذا سرقه في غير ايام القحط لا يقطع بالطعام
للضرورة وذكره في المبسوط وفي المنتقى لم يفصل بين الطعام وغيره وفي الخل يقطع اجماعا لانه لا يتسارع اليه الفساد
وهو مال بالاجماع وكذا في العسل بخلاف الاشربة المطربة وغيرها لان بعضها ليس بمال وفي ماليته بعضها
اختلاف بين العلماء فاورث شبهة وفي المعازف يتاول لكسرها وهو جائز عند بعضهم لكونه امرا بالمعروف
ونهيا عن المنكر **قال** ومصحف ولو محلى وقال الشافعي رحمه الله يقطع وهو رواية عن ابي يوسف لانه مال
متقوم حتى تجوز بيعه وعن ابي يوسف انه يقطع اذا بلغت حليته نصابا لانها ليست من المصحف فتعتبر
بانفرادها **ولنا** انه ليس بمحرز للتمول واخذه يتاول القراءة فيه وهذا لان المقصود في المصحف القرآن
للحلية وهذه الاشياء اتباع ولا معتبر بالتبع كمن سرق آنية فيها خمر ونبيذا وغيره مما لا يجب فيه القطع و
قيمة الاناء تبلغ نصابا فانه لا يقطع فيهما لما انها تبع فما دام يعتبر الاصل فاولى ان لا يعتبر التبع وهي على طريق الخلاف
فلا يتم الالزام وعلى هذا الخلاف لو سرق ثوبا لا يساوي عشرة وفيه ذهب وفضة مصنوب يزيد على النصاب لان المقصود

بل اولى لانه محرز بباب الدار مع ما فيها بخلاف باب المسجد قال وصليب ذهب وشطرنج ونرد لان
من اخذها يتاول الكسر كما في المعازف بخلاف الدراهم التي عليها التمثال لانه ما اعد للعبادة بل للتمول
فلا يثبت فيها تاويل الكسر وعن ابي يوسف اذا كان الصليب في مصلاهم لا يقطع وان كان في حرز له يقطع
لعدم الحرز في الاول ووجوده في الثاني قال وصبي حر ولو معه حلي لان الحر ليس بمال وما عليه تبع
له فلا يعتبر ولانه يتاول اسكاته وقال ابو يوسف يقطع اذا كان عليه حلي يساوي النصاب وقد بينا الحجة من الجانبين في المصحف المحلى والاواني والخلاف في غير المميز وفي المميز لا يقطع اجماعا وان كان
عليه حلي لانه خداع وليس بسرقة لما ان له يدا على نفسه وعلى ما في يده قال وعبد كبير ودفاتر بخلاف
الصغير ودفتر الحساب لان سرقة العبد الكبير غصب وخداع والصغير ليس له يد معتبرة على نفسه
وهو مال فتحقق فيه السرقة والمراد بالصغير غير المميز وان كان مميزا فهو كالكبير لما بينا في الحر
واستحسن ابو يوسف في غير المميز ايضا انه لا يقطع لانه آدمي وان كان مالا من وجه وهما اعتبرا
جهة المالية فيه لوجود حد المالية فيه ولو كانت قيمته اقل من النصاب وفي اذنه شيء بمثله يقطع باعتبار
الضم وفي الدفاتر المقصود ما فيها وهو ليس بمال ولا يقصد في دفاتر الحساب ما فيها اذ لا يقع فيه لغير
حاجة فكان المقصود هو الكاغد وفي دفاتر الادب روايتان في رواية ملحقة بالحساب لانه غير محتاج
اليه اذ ليس فيه احكام وفي رواية ملحقة بالاحاديث والتفسير والفقه فلا يقطع فيها اذ الحاجة اليها لمعرفة
[illegible] التفسير والاحكام ثابتة لان معرفتها تتوقف عليها ولان نفعها متعدي وهي معدة لوقت الحاجة
ولا يقصد بها التمول فصارت كغيرها من الدفاتر قال وكلب وفهد لان جنسها وجد مباح الاصل
غير مرغوب فيه ولان اختلاف العلماء في مالية الكلب تورث شبهة ولو كان على الكلب طوق ذهب او فضة
علم به او لم يعلم لانه تبع له كالصبي والحر اذا كان عليه حلي قال ودف وطبل وبربط ومزمار لان
هذه الاشياء لا قيمة لها عندهما ولهذا لا يضمن متلفها ويجب كسرها وعند ابي حنيفة وان كان يجب الضمان
على المتلف باعتبار صلاحيتها لغير اللهو ولكن باعتبار مقصوده وهو اللهو اورث شبهة لان الآخذ
يتاول النهي عن المنكر وكفى ذلك لدرء الحد هذا اذا كان للهو وان كان الدف او الطبل للغزاة اختلف
المشايخ فيه قيل يقطع فيه لانه مباح لارهاب العدو به وقيل لا يقطع لانه يصلح لغيره فاورث شبهة قال
[illegible] وخيانة ونهبة واختلاس لما روي عن جابر انه عم قال ليس على خائن ولا منتهب ولا مختلس قطع
رواه احمد وابو داود وغيرهما وصححه الترمذي ولان الحرز والاخفاء شرط القطع وعدمهما في الاول ولم يوجد
الثاني في الآخرين فانتفى ركن السرقة وشرطها فلم يقطع وما روي انه عليه السلام قطع مخزومية كانت
تستعير المتاع وتجحده محمول على انه منسوخ بما روينا او على انه سياسة لتكرر الفعل منها قال ونبش

منها يمنع القطع اما الاول فلان السرقة اخذ مال الغير على وجه يسارق عين حافظ قصد حفظه لكنه
انقطع حفظه بعارض كنوم وغفلة والنباش لا يسارق عين من يقصد حفظه وانما يسارق عين
من لعله يجيء عليه فلا يكون في معناه ولهذا اختص باسم آخر ولا يسمى سارقا فلا يتناوله آية
السرقة واما الثاني فلانه لا يملكه الميت حقيقة لعجزه لان الملك عبارة عن الاقتدار والاستيلاء والتمكن
من التصرف والموت ينافيه واما الثالث فلان المال عبارة عما يميل اليه النفوس وتبعث به وهو مخلوق
لصالح الآدمي والطباع السليمة تنفر عنه فضلا عما يميل به واما الرابع فلانه ليس بمحرز بالميت لانه
لا يحرز نفسه فكيف يحرز غيره ولا بالقبر لانه حفرة في الصحراء فلا يكون حرزا ولهذا لو دفن معه
مال آخر غير الكفن لا يقطع سارقه واما الخامس فلان المقصود من شرع الحدود تقليل الفساد فيما
يكثر وجوده وهذه الجناية نادرة فلا تحتاج الى الحد وما رواه غير مرفوع بل هو من كلام زياد
وذكر في آخره من قتل عبده قتلناه ومن جدع انفه جدعناه ولا يكاد يثبت هذا ابدا او لانه ثبت فهو محمول
على السياسة فمن اعتبار ذلك ونحن نقول بذلك اذا رأى الامام فيه مصلحة والذي يدل على ذلك ان نباشا
اتي به مروان فسأل الصحابة عن ذلك فلم يتثبت [illegible] فعزره اسواطا ولم يقطعه ولو كانت الآية متناولة
او كان فيه حديث مرفوع لبينوه له ولا احتياج الى مشاورتهم ولما كانوا يتفقون على ذلك وما روي فيه من اختلاف
الصحابة ارتفع باجماع من كان بعضه منهم وقوله من حرز مثله قلنا حرز المثل لا يختلف في جنس واحد
وانما يختلف باختلاف الاحوال كما اذا سرق دابة من اصطبل يقطع ولو سرق منه لؤلؤة لا يقطع وكذا لو
سرق شاة من حظيرة يقطع ولو سرق منها ثوبا لا يقطع لان كلا منهما حرز في حق الدابة والشاة دون اللؤلؤ
والثوب لاختلاف الجنس وفيما نحن فيه لو سرق منه ثوبا آخر غير الكفن لا يقطع فيه ولو كان حرزا للكفن لقطع
فيه لاتحاد الجنس لان معنى الصيانة بالحرز لا يختلف في جنس واحد ولا يقال لو لم يكن حرزا لكان تضييعا
كالقاء البذر في الارض وذبح الشاة للاكل وتناول الطعام لحاجته وان كان القبر في بيت مغلق لا يقطع في الاصح
لما بينا من الخلل وكذا لو سرق من ذلك البيت مالا آخر غير الكفن لانه يتناول الدخول فيه لزيارة القبر وكذا لو سرق
الكفن من تابوت في القافلة معه احد ا ينبغي ان لا يقطع السارق من بيت فيه الميت لانه يتناول بالدخول فيه وهو
اظهر من الخلل لوجود الاذن بالدخول فيه عادة قال ومال عامة او مشترك اي لا يقطع في بيت مال
بيت المال او في مال للسارق فيه شركة لان له فيه شركة حقيقة او شبهة شركة فان مال بيت المال مال المسلمين
وهو منهم واذا احتاج يثبت له حق فيه بقدر حاجته فاورث ذلك شبهة والحدود تندرئ بها قال ومثل دينه
اي لا يجب القطع اذا سرق من مديونه قدر دينه من جنسه والدين حال لانه استيفاء لدينه ولذلك من غير رضا
من عليه اذا ظفر به وان كان الدين مؤجلا يقطع قياسا لانه لا يباح له اخذه فصار كاخذه من غيره ولا يقطع

لانه ليس باستيفاء وانما هو ابتداء الاستبدال فلا يتم الا بالتراضي وعن ابي يوسف انه لا يقطع لاختلاف العلماء فيه فان
عند ابن ابي ليلى له ان يأخذه بدينه لوجود المجانسة من حيث المالية ومن العلماء من يقول له ان يأخذه
رهنا بحقه فاورثت شبهة قلنا هذا قول لا يستند الى دليل ظاهر فلا يعتبر بدون اتصال الدعوى
به حتى لو ادعاه ذلك درئ الحد عنه لوجود الظن في موضع الاجتهاد **قال** ومن سرق شيئا قطع فيه ولم يتغير اي لا يقطع بسرقة
شئ كان قد سرقه من قبل وقطع فيه اذا لم يتغير عن حالته الاولى وان تغير بان كان غزلا فسرقه فقطع فيه ثم رده
الى صاحبه فنسجه او غير ذلك ثم سرقه قطع فيه ثانيا والقياس ان يقطع وان لم يتغير عن حاله وهو قول الشافعي
ورواية عن ابي يوسف لقوله عليه الصلاة والسلام فان عاد فاقطعوه من غير فصل ولانه سرق مالا معصوما كامل
النصاب من حرز لا شبهة فيه فيقطع كالاولى بل اولى لتقدم الزاجر ولا اشكال في عصمته الا ترى انه يضمنه
بالغصب وبالاتلاف فصار كما اذا تغير عن حاله او باعه من السارق ثم اشتراه منه ثم كانت السرقة **ولنا**
ان القطع يستلزم عصمة المحل حقا للعبد على ما بينت من قبل ان شاء الله تعالى وبالرد الى المالك وان
بقيت حقيقة العصمة بقيت فيه شبهة السقوط نظرا الى اتحاد المالك والمحل والعين وبقاء السبب الموجب
لسقوط عصمة ذلك المال وهو القطع كذلك المال فاورثت شبهة ولان هذه الجناية وجودها نادر لتحقق
الانزجار عن المقصود وهو تعليل الجناية لان تحصيل الحاصل محال فصار نظير حد القذف المحدود في قذف المقذوف
الاول لان المقصود هو اظهار كذب القاذف ودفع العار عن المقذوف وقد حصل في الاول فلا حاجة الى الثاني
بخلاف ما اذا تغيرت عن حالها لانها صارت كعين اخرى حتى تبدل اسمها وتملكها الغاصب به وبخلاف ما اذا
باعها من السارق ثم اشتراها منه ثم سرقها الاول لان تبدل الملك يوجب تبدل العين حكما فصارت
كانها تبدلت حقيقة واصله حديث بريرة انه عليه الصلاة والسلام قال هي لها صدقة ولنا هدية فان
قيل حد الزنا يتكرر بتكرر الفعل في محل واحد فوجب ان يكون حد القذف كذلك قلنا حد الزنا يجب باعتبار
المستوفى من منافع البضع والمستوفى في الزنا الثاني غير المستوفى في الاول لانه عرض لا يبقى فصار كشرب الخمر
فان المشروب في الثاني غير المشروب في الاول اما حد السرقة فباعتبار العين وهي لا تختلف حتى لو اختلفت بان تغيرت
وجب عليه القطع ثانيا على ما بينا ولان حد الزنا لا يسقط به عصمة المحل وبحد السرقة يسقط فلا يعود الى التقيد عن تلك
الهيئة ولان هذا الحد لا يستوفى الا بالخصومة فلا يتكرر بتكرر الخصومة من رجل واحد في محل واحد كحد القذف بخلاف
حد الزنا لانه لا يعتبر فيه الخصومة **قال** ويقطع بسرقة الساج والقنا والابنوس والصندل والفصوص الخضر والياقوت
والزبرجد واللؤلؤ لان هذه الاشياء من اعز الاموال وانفسها وهي محرزة ولا توجد مباحة الاصل بصورتها في دار الا
الاسلام غير مرغوب فيها فصارت كالذهب والفضة وذكر في شرح المختار انه لا قطع في الساج ما لم يعمل فاذا عمل منه شئ قطع
فيه ولا قطع في الزجاج لان المكسور منه تافه والمصنوع منه يتسارع اليه الفساد وقيل في المصنوع يقطع لانه مال نفيس لا يتسارع اليه الفساد

[illegible]

للبن والكلاء من الحشيش في السودان يقطع فيها لما ذكرنا وانما يقطع في الابواب اذا كانت في الحرز وكانت خفيفة لا يثقل
حملها على الواحد لانه لا يرغب في سرقة الثقيل من الابواب وان كانت مركبة على الباب لا يقطع فيها لانها لا تكون محرزة فيه
بل هي حرز لغيرها لان الحرز ما يمنع وصول اليد الى المال ويصير المال به محصنا وهي بهذه المثابة فلا تكون محرزة بالـ
تركيب **فصل في الحرز قال** رحمه الله ومن سرق من ذي رحم محرم لا يقطع ومن زوجته وزوجها وسيده
وزوجته وزوج سيدته ومكاتبه وختنه وصهره ومن مغنم وحمام وبيت اذن في دخوله لم يقطع لوجود الشبهة
في كل واحد منها اما الاول وهو ما اذا سرق من ذي رحم محرم منه فللبسوطة في دخول الحرز عادة ولهذا يدخل
عليهم من غير استئذان واباح الشرع النظر الى مواضع الزينة الظاهرة وجرت البسوطة في الانتفاع بمال الاصول والفروع
وتجب نفقته فيه اذا كان فقيرا اذا كانت الشبهة فيه ظاهرة وهي كافية لدرء الحد بخلاف الصديق لانه بالاخذ من ماله
على وجه السرقة عاداه فلم يبق صديقا له وفي غير الولاد من الاقارب خلاف الشافعي لانه يلحقها بالاجانب وقد بيناه في
النفقة والعتاق ولو سرق من بيت ذي الرحم المحرم مال غيره لا يقطع لعدم الحرز وبالعكس يقطع لوجوده
وينبغي ان لا يقطع في الولاد لما ذكرنا من الشبهة في ماله وقوله لا رضاع لا حاجة الى اخراجه لانه لم يدخل في ذي الرحم المحرم وانما
يقطع فيه لعدم ما ذكرنا فيه من الشبهة وعن ابي يوسف انه لا يقطع اذا سرق من امه من الرضاع لانه يدخل عليها عادة بغير
استئذان بخلاف اخته من الرضاع لعدم هذا المعنى قلنا الحل ذلك لا يشتهر فلا يوجب البسوطة والحرمة بدون القرابة لا تحترم
كما اذا ثبتت بالزنا ولهذا يقطع اذا سرق من اخته من الرضاع واما اذا سرق احد الزوجين من الآخر او سرق العبد من سيده او
زوجة سيده او زوج سيدته فلوجود الاذن بالدخول عادة فانعدم الحرز ولو ابانها بعد السرقة وانقضت عدتها ثم
رفع الامر الى القاضي لا تقطع لان السرقة انعقدت غير موجبة للقطع فلا تنقلب موجبة كما اذا وهبها ثم ابانها حيث لا
يكون له الرجوع فيها ولو سرق من امرأته المبتوتة في العدة او سرقت هي منه لا تقطع لان الخلطة بينهما قائمة اذ الدخول مباح
للاطلاع صيانة لمائه او لوجوب السكنى عليها حيث سكن وقيل يقطع اذا كان المنزل للمسروق منه دون السارق
لان كلا منهما ممنوع عن الخلوة بصاحبه فحرم الدخول عليه كما بعد انقضاء العدة ولو سرق رجل من اجنبية او امرأة
من اجنبي ثم تزوجها قبل القطع لا يقطع لوجود الشبهة قبل الامضاء فصار كما اذا ملك المسروق في تلك الحالة بخلاف ما
اذا وهب لاجنبية ثم تزوجها حيث لا يسقط الرجوع لان المعتبر شبهة الملك والشبهة توجب سقوط الحد دون الرجوع
بخلاف الوصية حيث يعتبر فيها حالة الموت لا غير لما عرف في موضعه وعن محمد انه اذا تزوجها بعد القضاء يقطع وكذا لو
سرق احدهما من حرز الآخر لا يسكنان فيه لوجود البسوطة بينهما في الاموال عادة ودلالة ذلك انها لما بذلت نفسها وهي انفس
من المال فالنفس اولى ولهذا لا يقبل شهادة كل واحد منهما للآخر والعبد في هذا ملحق بمولاه حتى لا يقطع في سرقة لا يقطع
فيها المولى كالسرقة من اقارب المولى وغيرهم لانه مأذون له بالدخول عادة في بيوت هؤلاء لاقامة المصالح والمكاتب فيه كالقن
لانه عبد ما بقي عليه درهم وكذا المأذون له في التجارة واما اذا سرق من مكاتبه فلان له حقا في اكسابه ولهذا لا يجوز له ان

[illegible]

فقدرا عنه الحد وقال ان له فيها نصيبا واما اذا سرق من الحمام او بيت اذن للناس فيه بالدخول فلا
يقطع لاختلال الحرز بالاذن في الدخول وعن ابي حنيفة انه اذا سرق ثوبا من تحت رجل في الحمام يقطع كما لو سرق من المسجد
وصاحبه عنده والفرق على الظاهر ان الحمام بني للاحراز فكان حرزا فلا يعتبر الحافظ كالبيت بخلاف
المسجد لانه ما بني لاحراز الاموال فلم يكن محرزا بالمكان فيعتبر الحافظ كالطريق والصحراء الا في [illegible] انه اذا سرق
من الحمام في وقت لا يؤذن للناس بالدخول فيه يقطع وفي المسجد لا يقطع الا في [illegible] انه اذا سرق مطلقا وحوانيت
التجار والخانات كالحمام لانها بنيت للاحراز والاذن تختص بوقت التجارة ثم لا بد للاموال من الحرز لان الاختفاء — مطلب حوانيت التجار والخانات كالحمام
لا يتحقق دونه وهو على نوعين حرز لمعنى فيه وهو المكان المعد لاحراز الاموال كالدور والبيوت والصناديق
وامثال ذلك وحرز بالحافظ كمن جلس على الطريق او المسجد وعنده متاعه وهو محرز وقد قطع رسول
الله صلى الله عليه وسلم سارق رداء صفوان من تحت راسه وهو نائم في المسجد وفي الحرز بالمكان لا يعتبر
الاحراز بالحافظ في الصحيح لان الحرز به فوق الحرز بالحافظ لان الحرز ما يمنع وصول اليد الى المال وهو به
امنع مع اختفاء يد فيه عن اعينهم فكان الحرز بالحافظ دونه فيكون كالبدل عنه فلا يعتبر حال وجود الاصل
حتى لو اذن له في الدخول فيه فسرق منه وصاحبه عنده لا يقطع لان الحافظ لا يعتبر مع الحرز بالمكان
وذلك قد سقط بالاذن ولو كان باب الدار مفتوحا في النهار فسرق لا يقطع لانه مكابرة وليس بسرقة ولو
كان في الليل بعد انقطاع انتشار الناس قطع ذكره في شرح المختار وفي المحيط الغياثي وهو الذي يحمي الخلق
الباب ما يفتحه فيعتبر باب الدار او في السوق نهارا او ليس في الدار ولا في السوق احد لم يقطع وان
كان فيها احد من اهلها واخذ المتاع وهو لا يعلم به يقطع ومثله في البدايع واوجب القطع في الهداية في
الخانات والحوانيت ليلا لا نهارا مطلقا هذا في المفتوحة وفي المغلقة يقطع مطلقا في الاصح والاخراج من الحرز
شرط لوجوب القطع في الحرز بالمكان لقيام يده قبله وفي الحافظ يكتفي بمجرد الاخذ لزوال الملك به فتتم به السرقة
ولا فرق بين ان يكون الحافظ مستيقظا او نائما عنده في الصحيح واطلاق القدوري وصاحبه عنده يدل على ذلك
وقيل لا يكون محرزا في حالة النوم الا اذا كان تحت جنبه او تحت راسه وجه الاول ان المعتبر الاحراز وقد حصل
به فان الناس يعدون النائم عند متاعه حافظا له لا مضيعا له ولهذا لا يضمن المودع والمستعير بمثله قال
ومن سرق من المسجد متاعا وصاحبه عنده قطع لما رويناه وذكر ناسب المقام قال وان سرق ضيف
ممن اضافه او سرق شيئا ولم يخرجه من الدار لا اي لا يقطع لان البيت في حق الضيف لم يبق حرزا لكونه مأذونا
في دخوله فصار بمنزلة اهله والدار بما فيها في يد صاحبها المعنى وهي كلها حرز واحد فلا بد من الاخراج
منها ليتحقق الاخذ من كل وجه بخلاف الغصب حيث يجب عليه الضمان بالاخذ وان لم يخرجه من الدار
في الصحيح لانه لا يجب مع الشبهة فهذا اذا كانت الدار صغيرة لا تستغني اهل البيوت عن الانتفاع بصحنها لانه
الجملة اما لتحقق السرقة فهنا
عادة مسافة واخرجه قطع
الطريق ثم اخذه وحمله
قد قطع القى شيئا او
اهل الحجرة على حجرة اخرى
الى الدار او اغار من
قال وان اخرجه من

١١٢ — اذا اخرجه من حجرة الدار الى صحنها بخلاف الاخراج من الحرز فقد تحقق فيترتب عليه احكامها واذا كا
نت الدار كبيرة وفيها مقاصير اي حجر ومنازل وفي كل مقصورة مكان يستغني به اهله عن الانتفاع بصحن
الدار وانما ينتفعون به انتفاع السكة فيكون اخراجه اليه كاخراجه الى السكة لان كل مقصورة حرز على حدة اذ لكل
مقصورة باب وغلق على حدة ومال لكل واحد محرز بمقصورته فكانت المنازل بمنزلة دور في محلة واما
اهل — اذا اغار من اهل الحجر على حجرة اخرى فالمراد به اذا كانت كبيرة لانها بمنزلة المحلة وان كانت صغيرة بحيث
لا يستغني اهل المنازل عن الانتفاع بصحن الدار بل ينتفعون به انتفاع المنازل فهي بمنزلة مكان واحد
فلا يقطع الساكن فيها ولا المأذون له بالدخول فيها اذا سرق من بعض مقاصيرها واما اذا
نقب ودخل الى آخره فلانه هتك الحرز بالدخول وتمت السرقة بالاخراج والاخذ وفيه خلاف زفر هو
يقول الالقاء غير موجب للقطع وكذا الاخذ من الطريق فصار كما لو القاه في الطريق ولم يأخذه
واخذه غيره من الطريق ولنا انه حيلة معتادة بين السراق اما لتعذر الخروج مع المتاع او ليمكنه
الدفع والفرار ولم تعترض عليه يد معتبرة فصار الكل فعلا واحدا وهذا لان يده ثبتت عليه بالاخذ
ثم بالرمي لم تزل يده حكما الا ترى ان من سقط منه مال فاخذه غيره ليرده على صاحبه ثم رده على موضعه
لم يضمن لانه في ذلك الموضع في يد صاحبه حكما فكانه رده الى يده حقيقة فاذا بقي يده حكما وتاكد ذلك
بالاخذ يقطع بخلاف ما اذا لم يأخذه لانه مضيع لا سارق وهذا لان رميه منه قد ثبت ان يكون للتضييع
لان منهم من يقصد التضييع على صاحبه ويحتمل ان يكون حيلة لاتمام الاخذ وايهما فعل تبين ان الذي كان
لذلك واما اذا حمله على حمار الى آخره فلان سير الحمار مضاف اليه لسوقه ولهذا يضمن السائق ما اتلفت
الدابة وان لم يسقه وخرج بنفسه لا يقطع وفي قوله فساقه اشارة اليه ولو القاه في نهر في الدار فان كان
الماء ضعيفا واخرجه بتحريك السارق قطع لان الاخراج مضاف اليه وان اخرجه الماء بقوة جريه لم يقطع
وقيل يقطع وهو الاصح لانه اخرجه بسببه ذكره في النهاية معزيا الى المبسوط قال وان ناول آخر
من خارج او ادخل يده في بيت واخذ او طر صرة خارجة من كم او سرق من قطار بعيرا او حملا اي
لا يقطع في هذه الاشياء كلها لعدم الحرز او لعدم هتكه اما الاول وهو ما اذا ناول آخر من خارج البيت
ومعناه اذا نقب ودخل وناول المتاع غيره فلان القطع يجب بهتك الحرز والاخراج ولم يوجدا
في كل واحد منهما اذ الخارج لم يوجد منه الهتك والداخل لم يوجد منه الاخراج وان وجد باخراج يده
فقد بطل باعتراض يد الآخر عليه فلم تتم السرقة في كل واحد منهما وعن ابي يوسف ان على الداخل القطع
على كل حال لان هتك الحرز تم منه واخراج المال محرزا بفعله او بمعاونته واما الخارج فان ادخل يده فقطع لو
جود الاخراج من الحرز وان لم يدخل يده ولكن الداخل اخرج يده وناوله لا يقطع لعدم الهتك والاخراج منه
وعن ابي يوسف رواية اخرى
ان الخارج اذا ادخل يده واخذ
المتاع قطع لحصول المقصود
ذكره في البدايع وهو
اشبه بمذهبه على ما يأتي
بيانه واما اذا ادخل يده
لا يقطع لما روي عن علي
انه قال اللص اذا كان ظريفا
لا يقطع قيل وكيف ذلك قال ان
ينقب البيت ويدخل يده
ويخرج المتاع من غير ان يدخل
الحرز وهو ان يكون

لايجاب القطع وفي الحدود يبتغي كمال السبب والشروط احتيالا للدرء واكمل جهة الهتك للحرز بالدخول فيه
فيشترط بخلاف الصندوق والجيب والكم ونحوه لان الممكن فيها ادخال اليد لا الدخول فيشترط الممكن لا غير
للتعذر وعنه خلاف ابي يوسف هو يقول ان السرقة اخذ المال من الحرز على الخفية وقد تحقق بادخال
يد كما تحقق بدخوله بنفسه والدخول وسيلة اليه فلا يعتبر عند حصول المقصود لعينه كما في الصندوق
ونحوه والحجة عليه ما ذكرنا والفرق ما بينا وحصول المقصود بغير هتك الحرز لا يوجب القطع الا ترى انه
لو شق جوالقا فشد ما فيه من الدراهم واخذه لا يقطع وان حصل مقصوده لعدم الهتك وان ادخل
يده واخذ يقطع لوجود الهتك واما اذا طر صرة خارجة من الكم فلان الرباط من خارج فبالنظر
يتحقق من الظاهر فلم يوجب هتك الحرز وهو المعتبر في الباب وان كانت الصرة داخلة فطرها في
اخذها قطع لان الرباط من داخل فبالنظر تبقى الصرة داخل الكم فيتحقق الاخذ من الداخل فوجد الهتك
ولو كان مكان الطر حل الرباط انعكس الحكم لانعكاس العلة وعن ابي يوسف انه يقطع في الاحوال كلها لانه
محرز بالكم او بصاحبه **قلنا** لا يعتبر الحرز بالحافظ الا اذا كان لحفظه من السراق او بعد ما ادخله
في كمه او ربطه لا يقصد حفظه وانما يقصد الطريق او الاستراحة بالمشي والقعود لاعتماده عليه فلا
يعتبر حافظا من غير قصد الا ترى الى قوله عليه الصلاة والسلام لا يقطع في حريسة الجبل لان مقصود الراعي
الرعي دون الحفظ وهو تبع فلا يصلح للقطع لما فيه من شبهة العدم وفي المحيط لو سرق ثوبا عليه وهو راقد
او قلنسوة او طرف منطقة او سيفه او سرق من امراة حليا عليها لا يقطع لانها خلسة وليست بخفية سر
قة ولو سرق من رجل نايم قلادة عليه وهو لابسها او ملاة له وهو لابسها او وضعها قريبا منه بحيث
يكون حافظا له قطع لانه اخذها خفية وسدا وله حافظ وهو النايم واما اذا سرق من قطار بعيرا او حملا
فلانه ليس بمحرز مقصودا فتتمكن فيه شبهة العدم ولا فرق بين ان يكون معها سايق او قايد او لم يكن
لان السايق والراكب يقصد قطع المسافة ونقل الامتعة دون الحفاظة ولو كان معها من يحفظها يقطع
قال وان شق الحمل او سرق منه او سرق جوالقا فيه متاع وربه يحفظه او نايم عليه او ادخل يده في صندوق
او جيب غيره او كمه واخذ المال قطع لوجود السرقة من الحرز والنوم بقرب منه بحيث يعد حافظا له النوم
عليه وقد ذكرناه من قبل **فصل في كيفية القطع واثباته قال** ويقطع يمين السارق من
الزند لقراة ابن مسعود فاقطعوا ايمانهما وهي مشهورة فجاز التقييد بها وقد عرف في موضعه ومن الناس
من قال تقطع الاصابع فقط لان البطش يقع بها وقالت الخوارج يقطع اليمين من المنكب لان اليد اسم لكلها
ولنا ما روي انه عليه الصلاة والسلام امر بقطع يد السارق من الرسغ ولان كل من قطع من الايمة قطع من
الرسغ فصار اجماعا فعلا فلا يجوز خلافه **قال** وتحسم اي تكوى كي ينقطع الدم لقوله عليه السلام فاقطعوه

ثم احسموه رواه الدار[illegible] … [illegible] … فاقطعوه … فان عاد … [illegible] … لا يقطع في الثالثة … او رجله اليمنى مقطوعة … [illegible]

فصل في كيفية القطع واثباته قال

كما لا يقطع اذا كانت ابهامه اليسرى مقطوعة او شلاء الى اخره وقال الشافعي رضي الله عنه يقطع في الثالثة يده اليسرى
وفي الرابعة رجله اليمنى لقوله عليه الصلاة والسلام من سرق فاقطعوه فان عاد فاقطعوه فان عاد فاقطعوه
ويروى مفسرا كما ذهب اليه والظاهر قوله فاقطعوا ايديهما يتناول اليدين ولان الثالثة مثل
الاولى في وجه الجناية بل اقبح لتقدم الزاجر فكانت ادعى الى شرع الحد **ولنا** اجماع الصحابة رضي الله عنهم
حيث حجهم علي بقوله اني لاستحيي من الله ان لا ادع له يدا يبطش بها ورجلا يمشي عليها ولم يحتج احد منهم
بالمرفوع فدل على عدمه وما رواه لم يثبت قال الطحاوي تتبعنا هذه الاثار فلم نجد لشيء منها اصلا و ١١٢
لهذا لم ينقل في المحاجة وان ذكر فيما روي ولان صح فهو محمول على السياسة او على النسخ والاية لا تدل على ما
ذكر لان اضافة جمع الى اثنين او ما هما كجزئين اي متضمنهما يذكر بلفظ الجمع ولا يراد به الجمع عند اهل اللغة بل
يراد به التثنية فلا يتناول الا يدا واحدا من كل واحد منهما فبطل الاستدلال به ولهذا لا تقطع في الثانية يده
اليسرى ولو تناولتها الاية لقطعت ولان السارق اسم فاعل تدل على المصدر لغة وهو اسم جنس فيتناول الادنى
اذ الكل الزيادات غير مراد لعدم توقف القطع عليه وبفعل واحد لم تقطع الا يد واحدة وقد تعينت اليمنى فخرجت
اليسرى من ان تكون مرادة ولان الامر بالفعل لا يقتضي التكرار وفي قطع الاربع اتلافه ايضا فالمعنى والقطع
للزجر لا للاتلاف الا ترى انه عليه الصلاة والسلام حسم المقطوع كي لا يهلك بخلاف القصاص لان المنظور اليه
المساواة لكونه حق العبد فيستوفي ما امكن جبرا لحقه ولانه يندر وجوده فلا يستدعي زاجرا اذ الحد
فيما يغلب لا فيما يندر وانما لا يقطع اذا كانت ابهامه اليسرى مقطوعة او شلاء الى اخره لان فيه تفويت جنس
المنفعة وهو البطش او المشي بخلاف ما اذا كانت اصبعا واحدة سوى الابهام مقطوعة او شلاء لان فوتها
لا يوجب خللا في البطش ظاهرا ولو كانت يده اليمنى شلاء او ناقصة الاصابع تقطع في ظاهر الرواية لان المستحق
بالنص قطع اليمين واستيفاء الناقص عند تعذر الكامل جايز **قال** ولا يضمن بقطع اليسرى من امر بخلافه
اي الذي امره الحاكم بقطع اليمين فقطع يده اليسرى لا يضمن سواء قطعها عمدا او خطأ وهذا عند ابي حنيفة
وقالا لا يضمن في الخطأ وقال زفر يضمن في الخطأ ايضا وهو القياس والمراد هو الخطأ في الاجتهاد اما الخطأ
في معرفة اليمين او اليسار لا يجعل عفوا وقيل يجعل عفوا ايضا له انه قطع يدا معصومة والخطأ في حق العبد
غير موضوع فيضمنهما **قال** خطأ المجتهد موضوع اجماعا وهذا موضع الاجتهاد اذ النص لم يفرق بين اليدين و
ولهما انه اتلف يدا معصومة ظلما عمدا فلا يعفى وان كان مجتهدا فيه لان المجتهد لا يعذر فيما اذا كان دليله
ظاهرا على ما عرف في موضعه وكان ينبغي ان تجب القصاص الا انه امتنع للشبهة اذ ليس في الاية تعيين
اليمنى والمال تجب مع الشبهة ولابي حنيفة انه اتلف واخلف من جنسه ما هو خير منه كمن شهد على غيره ببيع
ماله بمثل قيمته ثم رجع فان قيل اليمين لم تحصل بقطع اليسرى بل كانت حاصلة بخلاف المستشهد به فكيف يقال

اخلف تلك اليمين كان … الانذار ينقطع … [illegible] … قطع رجله … اليمنى … لا يقطع يده اليمنى … [illegible] … فالمتلف … منجنس الباقي … تلم يخلف ما يقوم مقامه … عن الكفة … لو قطع اليسار … غير الجلاد لا يضمن

في الصحيح اذا كان بعد حكم الحاكم بالقطع لما ذكرنا انه اخلف ثم في العمد يجب ضمان المال المسروق على السا
رق عند ابي حنيفة رحمه الله لانه لم يقع حدا وسقوط الضمان عنه في يمينه وقوعه حدا وكذا عندهما بل اولى
وفي الخطاء كذلك على الطريقة التي اعتمد فيها ان القاطع لا يجب عليه الضمان لانه اتلف واخلف ولم يقع حدا
وعلى الطريقة الاخرى وهي ان القاطع اجتهد واخطا في اجتهاده وحيث زعم ان الكتاب مطلق عن قيد
اليمين لكون قطع اليسار واقعا عن الحد لان المجتهد معذور في الخطاء فلا يجب الضمان اذا القطع والضمان
لا يجتمعان والمراد في الخطاء هو الخطاء في الاجتهاد واما الخطاء في معرفة اليمين من اليسار لا يجعل
عفوا وقيل يجعل عفوا ايضا هذا اذا عين له الامام او الحاكم اليمنى بان قال له اقطع يمين هذا واما اذا
اطلق بان قال اقطع يد السارق اقطع يده ولم يعين لا يضمن القاطع بالاتفاق لعدم المخالفة اذ اليد تطلق
عليهما وكذا لو اخرج السارق يساره فقال هذه يميني لانه قطعه بامره وهذا الكل اذا كان بامر
الامام واما اذا قطعه احد قبل ان يقضي ولم يامره يجب القصاص في العمد والدية في الخطاء اتفاقا ويسقط
القطع عن السارق لان مقطوع اليد لا يجب عليه القطع حدا كيلا يؤدي الى المثلة ويجب عليه ضمان ما سرق لعدم
القطع حدا **قال** وطلب المسروق منه شرط القطع اي على المال المسروق حتى لا يقطع وهو غايب لان الخصومة
شرط في ذلك لظهورها ولا فرق بين الشهادة والاقرار في ذلك لاحتمال ان يقر له بالملك فيسقط القطع
فلا بد من حضوره عند الاداء والقطع لتنتفي تلك الشبهة وكذا اذا غاب عند القطع لان الامضاء في الحدود
من القضاء وفي البدايع اذا اقر انه سرق من فلان الغايب قطع استحسانا ولا ينتظر حضور الغايب وتصديقه
وقيل عندهما ينتظر وعند ابي يوسف لا ينتظر وكذا في النهاية معزيا الى المبسوط انه لا معتبر لحضوره وكيله
عند الاستيفاء لان الوكيل قايم مقامه وشرط الحد لا يثبت بما هو قايم مقام الغير وقال ابن ابي ليلى
لا يشترط حضوره فيهما لان الحد حق الله تعالى فكيف من باب الحسبة كالزنا وقال الشافعي لا حاجة الى حضوره
في الاقرار دون البينة لان الشهادة تبتنى على الدعوى دون الاقرار والحجة عليهما ما بيناه **قال** ولو
مودعا او غاصبا او صاحب الربا اي لو كان المسروق منه واحدا من هؤلاء يقطع بخصومته وكذا بخصومة
المستعير والمستاجر والمضارب والمستبضع والقابض على سوم الشراء والمرتهن والاب والوصي ومتولي الوقف
وكل من له يد حافظة وقال زفر والشافعي لا يقطع الا بخصومة المالك والخلاف بيننا وبين الشافعي مبني
على ان لهؤلاء حق الخصومة في الاسترداد عندنا وعنده ليس لهم ذلك عنده هو من في يده وما لم يتصف
المالك لان المطلوب منهم الحفظ دون الخصومة الا انهم لا يملكون الخصومة في الدعوى عليهم مع بقاء اليد
لاستمرارها فلان لا يملكون مع انتفائها اولى واصحابنا وزفر رحمه الله يقول لهم ان يخاصموا حضوره
استرداد المال الى الحفظ الواجب عليه فلا يظهر في حق القطع وهذا لانهم انما يملكون الخصومة بحكم النيابة

١١٤ فيستوفي القطع ولهؤلاء ايد صحيحة وهي مقصودة كالملك فاذا ازيلت كان لهم ان يخاصموا عن انفسهم
لاسترداد ها اصالة لا نيابة لانه ان كان امينا لا يتمكن من اداء الامانة الا به وان كان ضمينا لا يتمكن
من اسقاط الضمان عن نفسه الا بذلك فكان مخاصما عن نفسه باعتبار حقه ولهذا لا يستغني عن اضافة
الخصومة الى غيره بان يقول يسرق مني بخلاف الوكيل في هذه المعاني اذا لم يكن له يد ولا يستغني عن اضافة
الى موكله ولا تخاصم باعتبار حقه فاذا كان فيه الخصومة وجب الاستيفاء عند الثبوت بلا حضرة المالك
لان القطع خالص حق الله تعالى بخلاف القصاص واما الاقرار فقد ذكر في البدايع انه لا ينتظر فيه حضوره
استحسانا قلنا ان تمنع ولئن سلم ففيه شبهة زايدة وهي جواز ان يرد اقراره فتعتبر هذه الشبهة
عند هذه الدعوى الصحيحة بخلاف خصومة هؤلاء على ما ذكرنا ويسقط العصمة ضرورة الاستيفاء ضمنا
لقطع اليد فلا يكون سقوطه مضافا الى المودع ولا يكون تضيعه بل يكون صيانة بابلغ الوجوه لان
السارق اذا علموا انه يقطع بخصومته يمتنعون عنه وبعكسه يجترؤن عليه الا ترى ان الله جعل في القصاص
حياة بهذا الاعتبار وان كان هو في نفسه قتل محلا معتبرا بالشبهة الموهومة عند اخذ المالك
بعدها كما اذا حضر المالك وغاب المودع ممن خانه يقطع بخصومة المالك في ظاهر الرواية
وان كانت شبهة الاذن في دخول الحرز ثابتة ويقطع بخصومة المالك من السرقة ممن ذكرنا وعن
محمد رحمه الله انه لا يقطع بخصومة المالك حالة غيبة المسروق منه لانه لم يسرق منه فكان اجنبيا
والظاهر الاول لان خصومته صحيحة واقعة عن نفسه لاسترداد ماله الا ان الراهن انما يقطع السا
رق بخصومته اذا كانت العين قايمة بعد قضاء دينه لان العين اذا هلكت صار المرتهن مستوفيا
لدينه فلا مطالبة للراهن وكذا قبل قضاء الدين لا حق له في مطالبة العين فلا يقطع بخصومة الراهن
قال الراجي عفو ربه ينبغي ان يقطع بخصومة الراهن بعد الهلاك اذا كانت قيمته اكثر من الدين وكان
الفضل يبلغ نصابا لان له ان يطالب السارق بعد هلاك الرهن بالفضل كالمودع بعد **قال** و
يقطع بطلب المالك لو سرق منهم اي لو سرق من المودع والغاصب وصاحب الربا وقد بيناه **قال** لا
لا بطلب المالك او السارق لو سرق من سارق بعد القطع معناه اذا قطع سارق بسرقة فسرقت
منه بعد القطع لم يكن له ولا لرب السرقة ان يقطع السارق الثاني لان المال غير متقوم بعد القطع
في حق الاول فلم ينعقد موجبة للقطع وهذا لان السرقة انما توجب القطع اذا كانت من يد المالك
او الامين او الضمين فلم يوجد شيء من ذلك هنا اذ السارق الاول ليس بمالك ولا امين ولا ضمين
فلا يقطع بخلاف ما اذا سرقت قبل ان يقطع يده حيث يكون له ولرب السرقة القطع على ما بينا
في الغاصب ونحوه وليس للاول ولاية الاسترداد في رواية لان يده ليست بصحيحة اذ هي نصح بالملك

قبل الخصومة فلان الخصومة شرط لظهور السرقة وهذا لان القطع وان كان حق الله تعالى لكن ثبوته في
ضمن حق العبد في المسروق ولهذا لو شهد شاهدان على رجل بالسرقة والمشهود له ينكر السرقة لا يقطع
السارق وحق للمسروق منه هذا لم يثبت لان ثبوته بالبينة بناء على خصومة صحيحة ولم توجد فلا يثبت
القطع وعن ابي يوسف انه يقطع اعتبارا بما اذا ردها بعد المرافعة قلنا بعد المرافعة وجدت وانتهت بالرد
والشيء بانتهائه لا يبطل بل يتقرر وبناء كذا لو حكمت مقصودة فلما وتقديرا وهذا الظاهر منهما اذا رده
بعد القضاء بالقطع وكذا اذا ردها بعد ما شهد الشهود قبل القضاء استحسانا لان السرقة قد ظهرت
عند القاضي بما هو حجة بناء على خصومة معتبرة ولو ردها الى والده او ذي رحمه ان لم يكن في عيال
المسروق منه يقطع لعدم الوصول اليه حقيقة وحكما ولهذا يضمن المودع والمستعير بالدفع اليهم فان
كان في عياله فهو كرده الى المسروق منه فلا يقطع ان كان قبل المرافعة لوجود الاصل اليه قبل الخصومة
ولهذا لو رد المودع والمستعير عليه لا يضمن والوكيل بقبض الدين اذا دفع الى من في عياله فقبض برئ
المديون بقبضه وكذا لو رده على امرأته او اجيره مسانهة او مشاهرة او عبده ولو رده الى والده او جده
وليس في عياله لا يقطع لان لهؤلاء شبهة الملك فيثبت شبهة شبهة الرد وشبهة الرد كالرد ولو دفع
الى عيال هؤلاء لا يقطع لانه شبهة الشبهة وهي غير معتبرة ولو دفع الى مكاتبه لا يقطع لانه عبده ولو سرق
من مكاتب ورده على مولاه لا يقطع لان ماله له برقبته ولو سرق من العيال ورده الى من يعولهم لا يقطع لان
يده عليهم معروف ايديهم في ماله واما اذا ملكه السارق بعد القضاء بالقطع فلان الامضاء من القضاء
في الحدود وقد اعترض ما يوجب فقد شرطه وهو انقطاع الخصومة فيمتنع الامضاء كما يمتنع القضاء في الحد
كتغير اوصاف الشهود بالعمى والخرس والردة والفسق في هذه الحالة بخلاف رده الى المالك لانه يؤكد الخصومة
فيتم الحصول مقصودها فيتحقق تقديرا واما التمليك فيضاد مقصودها اذ لا يخاصم احد ليتملك وانما يخاصم ليسترد
فيقطعها وعن ابي يوسف يقطع وهو قول زفر والشافعي لان السرقة وقعت موجبة للقطع لاستجماع شرائطها شرح
وقد ظهرت عند القاضي بدليلها ولا اثر للعارض في ابراء الخلل في الظهور او الوجوب لان الهبة ونحوها من
اسباب الملك يعقب ملكا حادثا فلا يمنع الاستيفاء كالرد على المالك ونحن بينا الوجه والفرق فلا نعيده فان قيل
ان تزوج بمن زنى بها يحد قلنا لان العارض كالعدم لما قد قلنا بعد التسليم الحد باعتبار ما استوفي من منافع
البضع وهو متلاش والقطع باعتبار العين وهو باق فافترقا واما اذا ادعى السارق ان العين المسروقة ملكه فمعناه بعد ما
شهد الشاهدان بالسرقة عليه وقال الشافعي لا يسقط عنه الحد بمجرد الدعوى ما لم يقم بينة لانه لا يعجز عنه سارق
فيؤدي الى سد باب الحد ولنا ان الشبهة دارئة وتحقق بمجرد الدعوى للاحتمال ولا معتبر بما قال فان المقر اذا رجع
صح وان كان لا يعجز عنه سارق واما اذا نقصت قيمة العين المسروقة عن النصاب فالمراد بالنقصان من حيث السعر

على السارق فكمل النصاب عينا ودينا ونقصان العين ليس بمضمون على السارق لانه يكون بفتور
الرغبات وبمثله لا يكون مضمونا على احد قال ولو اقرا بسرقة ثم قال احدهما هو مالي لم يقطعا اي
لو اقر رجلان بسرقة ثم قال احدهما هو مالي لم يقطع واحد منهما سواء ادعى
١١٥ قبل القضاء او بعده قبل الامضاء لان السرقة ثبتت على الشركة وبطل الحد عن احدهما برجوعه لانه انكر
السرقة بعد الاقرار بها فكان رجوعا في حقه واورث شبهة في حق الآخر لاتحاد السرقة بخلاف ما لو قال
سرقت انا وفلان كذا وفلان ينكر حيث يقطع المقر لعدم الشركة بتكذيبه وفيه خلاف ابي يوسف هو يقول
انه اقر بفعل مشترك فلا يثبت غير مشترك وقد بطلت الشركة فلا يثبت ولنا ان الشركة لما ثبتت بانكار
الآخر صار فعله كالعدم وعدم فعله لا يخل بالموجود منه كقوله قتلت انا وفلان فلانا وقال الآخر
ما قتلته يقاد من المقر وحده وكقوله زنيت انا وفلان بفلانة وكذبه الآخر حد المقر وحده قال
ولو سرقا وغاب احدهما وشهد على سرقتهما قطع الآخر الحاضر وكان ابو حنيفة اولا يقول لا يجب عليه القطع
لان الغائب ربما يدعي الشبهة عند حضوره ثم رجع وقال يقطع لان سرقة الحاضر تثبت بالحجة فلا يعتبر
الموهوم لانه لو حضر وادعى كان شبهة واحتمال الدعوى شبهة الشبهة فلا تعتبر قال ولو اقر عبد
محجور بسرقة قطع وترد السرقة الى المسروق منه وهذا على الاطلاق قول ابي حنيفة وقوله ترد السرقة يعني اذا كانت
قائمة وان كانت هالكة لا يضمن على ما يجيء من قريب وقال ابو يوسف ومحمد ان كان العبد مأذونا له او مكاتبا
او كان المال المسروق مستهلكا فكما قال ابو حنيفة وان كان محجورا عليه والمال قائم في يده فعند ابي يوسف يقطع
والمال للمولى الا ان يصدقه المولى فيدفعه الى المسروق منه وقال محمد لا يقطع والمال للمولى الا ان يصدقه المولى
وقال زفر لا يقطع في الوجوه كلها والمال للمولى الا ان يكون مأذونا له في التجارة فيصح اقراره في المال او
يصدقه المولى لان اقراره بالقطع يتضمن رقبة المولى فلا يقبل اقراره عليه قلنا صحة اقراره من حيث انه
آدمي ثم يتعدى الى المالية في ضمنه اذ لا تهمة الا ترى الى قوله يقبل في هلال رمضان لعدم التهمة وكذا لو
اقر المأذون له في التجارة بالدين او اقر المحجور بالدين يقبل لعدم التهمة فكذا هذا ولمحمد
ان اقرار المحجور عليه في المال باطل ولهذا لا يصح اقراره بالغصب وما في يده للمولى فلا يقطع
به بخلاف المستهلك لحقيقته ان المال اصل فيها والقطع تابع حتى تسمع الخصومة فيه بدون
القطع ويثبت المال بدون القطع كما اذا شهد رجل وامرأتان او اقر ثم رجع دون عكسه فاذا
بطل في حق الاصل بطل في التبع بخلاف المأذون له لان اقراره بما في يده من المال صحيح فيصح في
حق القطع تبعا وبخلاف اقراره بالمستهلك لان ملك المولى لم يظهر فيه ليرده ولابي يوسف انه اقر على
نفسه بالقطع فيصح وعلى المال لان ما في يد العبد لمولاه فلا يصح والقطع قد يجب بدون المال كما اذا قال الثوب الذي

من المودع وما يقطع العبد بمال مولاه ابداً فالحاصل هذا الخلاف راجع الى ان المال اصل او القطع او
كلاهما فعند ابي حنيفة القطع هو الاصل والمال تبع وعند محمد المال هو الاصل فلا يثبت القطع بدونه و
عند ابي يوسف كلاهما اصل وحكى الطحاوي ان الاقاويل الثلاثة مروية عن ابي حنيفة فالقول الاول اخذ به
محمد والثاني اخذ به ابو يوسف فهو نظير ما قالوا في الجلالين فعدت من مناقبه رضي الله عنهم جميعاً **قال** ولا يجتمع
قطع وضمان ورد العين لو قائماً معناه اذا قطع السارق وكانت المسروقة قائمة في يده ترد على صاحبها
لقيام ملكه فيها وان كانت هالكة لا يضمن السارق وان استهلكها فكذلك في رواية ابي يوسف عن ابي
حنيفة وهو المشهور وفي الحسن عن ابي حنيفة يضمن وعن ابن سماعة عن محمد انه يفتى باداء القيمة لانه اتلف
مالاً محظوراً بغير حق ولا يحكم به لانه يؤدي الى ايجاب ما ينافي القطع وكذلك في قاطع الطريق اذا اخذ مالاً
وقتل نفساً يفتى باداء الضمان والدية وكذا الباغي لان السبب قد انعقد وتعذر الحكم لمعارض فلا يعتبر
في حق الفتوى وفي الكافي هذا اذا كان بعد القطع وان كان قبل القطع فان قال المالك انا اضمنه لم يقطع عندنا
وان قال انا اختار القطع يقطع ولا يضمن وقال مالك ان كان السارق صاحب مال يضمن والا فلا نظراً
للجانبين **قلنا** المضمون لا يختلف بان يكون موسراً او معسراً وانما يعتبر الاعسار في التاخير لا غير وقال الشافعي
يضمن سواء هلك او استهلكه فحاصله ان القطع والضمان لا يجتمعان عندنا كالحد مع العقر وتجتمعان عنده لانهما
حقان اختلفا محلاً ومستحقاً وسبباً لان محل القطع اليد ومستحقه هو الله تعالى وسببه الجناية على خلق الله تعالى وهو ترك
الانتهاء عما نهي عنه ومحل الضمان الذمة ومستحقه المسروق منه وسببه اثبات اليد على مال الغير على وجه العدوان
فوجوب احدهما لا يمنع وجوب الآخر كالدية مع الكفارة في القتل خطأ كالقيمة مع الجزاء في قتل صيد مملوك في
الحرم وكايجاب الحد مع القيمة في شرب الخمر الذمي **ولنا** ما روى عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه ان النبي عليه الصلاة
والسلام قال لا غرم على سارق بعد ما قطعت يمينه ولانا لو ضمنا ينتفي وجوب القطع لما عرف ان ضمان العدوان
يوجب ملك المضمون من وقت الاخذ ضرورة ان لا يجتمع البدلان في ملك شخص واحد فتبين انه ورد على ملكه
وان القطع كان بغير حق لانه لا يقطع على اخذ مال نفسه فكان القول به مؤدياً الى انتفائه ولان القطع خالص حق الله تعالى فلا يجب
الا بالجناية واقعة على حقه خالصاً بلا شبهة وذلك بان يكون معصوماً لله تعالى ليس للعبد فيه حق كالخمر والميتة فلا
يضمن ولو بقي له حق لكان مباحاً لذاته حراماً لغيره وهو حق مالكه فكان حراماً من وجه فيسقط الحد للشبهة
فيصير حراماً حقاً للشرع فقط كالزنا فلا يضمن الا ان هذه العصمة وهي كونه معصوماً لله تعالى لا يظهر في حق
شخص آخذ حتى يضمنه بالاتلاف لعدم الضرورة في حقه وكذا في حق السارق بالنسبة الى الاستهلاك لانه فعل
آخذ غير السرقة فلا ضرورة اليه في حقه وكذا الشبهة الدارئة للحد تعتبر فيما هو السبب وهو السرقة دون غيره فلا
يضمنه بجعله معصوماً لحق العبد بالنسبة الى الاستهلاك اذ لا يؤدي الى انتفاء القطع باعتباره مالاً في حقه كما في
حق الآدمي وهو المسروق ان الاستهلاك اتمام المقصود
فتثبت الشبهة فيه بمعنى انه لو
كان معصوماً حق العبد
في حق الاستهلاك لادى الى
سقوط القطع وكذا ظهور منه
العصمة في حق الضمان
عليه ضمانه لانه لو لم يسقط
حقه يلزم ان يجب مال معصوم
بمقابلة مال غير معصوم ولا متقوم
فانتفى الضمان لانتفاء المماثلة
كما لا يجب باستهلاك المنافع

روايتهم

باطلا

لهذا المعنى ولا نسلم ان هذا السبب بل هو سبب واحد وهو سرقة مال متقوم لصيانة اموال الناس لا غير فلا يجب
حقان مختلفان بسبب واحد كالقصاص مع الدية بخلاف ما استشهد به لان هناك سببين مختلفين لان ما يجب
من الجزاء حق الله تعالى لا تعلق له بكون المحل معصوماً مملوكاً للآدمي انه لو قتل صيداً غير مملوك او صيد نفسه
او شرب خمر نفسه او قتل عبد نفسه تجب هذه الاجزية حقاً لله تعالى وحق العبد فيه متعلق بالمحل بدلا فتعدد
الموجب لتعدد السبب خاصة فان قيل متى تنقلب العصمة حقاً لله تعالى ان قلتم قبل السرقة ففيه سبق الحكم
على السبب وان قلتم بعد السرقة فهذا غير مفيد لان السبب صادف محلاً محترماً حقاً للمالك وان قلتم مع السرقة
فهو باطل ايضاً لان السرقة وقت الوجود ليست بمعقودة فكيف يوجد حكمها **قلنا** انتقلت العصمة قبل السرقة
متصلاً بالسرقة لتنعقد السرقة موجبة للقطع ويجوز سبق الحكم على السبب اذا كان ذلك الحكم شرط صحته وكل السبب
كما في قوله اعتق عبدك عني بالف درهم فقال اعتقت يثبت الملك مقتضى العتق سابقاً عليه ضرورة صحة العتق
عنه فكذا هذا فان قيل اذا انتقلت العصمة ولم يبق حق المالك فكيف يشترط خصومته **قلنا** ما شرطه المالك لذاته
بل لاظهار السرقة وليتمكن الامام من القطع حتى لو وجدت الخصومة من غير المالك اكتفي به على ما مر **قال** ولو
قطع لبعض السرقات لا يضمن شيئاً يعني لو سرق سرقات فقطع في احداها فهو لجميعها ولا يضمن شيئاً وهذا
عند ابي حنيفة وقالا يضمن كلها الا التي قطع لها ولو حضروا جميعاً وقطعت يده لخصومتهم لا يضمن شيئاً بالاتفاق
لهما في الخلافية ان المسقط للضمان القطع وقد حصل للحاضر لانه لا يستوفي الا بخصومته واثباته عند القاضي ولم يوجد ذلك
من غيره فيقطع له خاصة اذ ليس بنائب عنهم فبقيت اموالهم معصومة على حالها ولهذا لو حضر واحد وادعى السرقة
لم يأخذ حاجة بقيم البينة على السرقة ولو كانت خصومته للكل لاخذوها كما يأخذ هو **وله** ان الواجب بالكل قطع واحد حقاً لله تعالى لان مبنى الحدود على التداخل والخصومة شرط لظهورها عند القاضي وعند من له الحق
ليعلم لا لوجوب القطع اذ هو بالجناية وصاحب الحق هو الله تعالى وهو لا يخفى عليه خافية فلا حاجة الى القضاء بل الى الاستيفاء
فاذا استوفي كان للكل يعود منفعته الى الكل بخلاف المال لانه حق العبد فيشترط الخصومة منه ولان القطع متحد
فيكون القضاء به للكل بخلاف الاموال فان قبل الخصومة شرط ليكون الخصم بازاء المال ولهذا لو اختار التضمين
لا يقطع ولا يصح البدل من واحد عن الكل **قلنا** بذل المال يسقط عصمته اما الشيء يثبت بناء على استيفاء
القطع لا باختيار العبد الآدمي انه يستوفيه الحاكم بخصومة من لا يملك البذل كالاب والوصي والمكاتب والعبد
المأذون وعلى هذا الخلاف اذا سرق واحد نصاباً بعد اثم قطع لاجل نصاب واحد **قال** ولو شق ما سرق
من الدار ثم اخرجه قطع وذلك مثل ان يسرق ثوباً او شقه نصفين قبل ان يخرجه من الدار ثم اخرجه قطع
وقيمته عشرة دراهم بعد الشق فانه يقطع وقال ابو يوسف لا يقطع لانه احدث فيه سبب الملك وهو الخرق الفاحش
فانه يوجب القيمة فيملك المضمون فصار كالمشتري اذا سرق المبيع وفيه خيار البايع ثم فسخ البيع **ولهما** ان
الشق ليس بسبب موضوع
للملك وانما هو سبب للضمان
وانما يثبت الملك ضرورة اداء
الضمان كيلا يجتمع البدلان
في ملك واحد ومثله لا يورث
الشبهة كالاخذ نفسه
اذا سرق البايع مبيعاً باعه ولها
بخلاف ما استشهد به لان البيع
موضوع لافادة الملك وهذا الخلاف
فيما اذا اختار تضمين النقصان
واخذ الثوب وان اختار تضمين
القيمة وترك الثوب عليه لا يقطع
بالاتفاق لان ملكه مستند
الى وقت الاخذ

١١٦

فصار كما اذا ملكه بالهبة بل اولى لاستناده واقتصار الهبة وهذا اذا كان النقصان فاحشا وان كان يسيرا
قطع بالاجماع لانعدام سبب الملك لعدم اختيار تضمين كل القيمة وترك الثوب عليه ثم يضمن النقصان
مع القطع هنا وكذا اذا كان الخرق فاحشا واختار اخذ الثوب وتضمين النقصان ولا يمتنع هذا
التضمين القطع لان ضمان النقصان وجب بالقطع اتلاف ما فات قبل الاخراج والقطع بالاخراج
الثاني فلا يمتنع كما لو اخذ ثوبين فاحرق احدهما في البيت واخرج الاخر وقيمته نصاب وذكر
الجانبين ان الصحيح انه لا يضمن النقصان لانه ضمان هذا الثوب فيكون كانه ملكه بما ضمن فيكون
مشتركا بينهما فينتفي القطع وتكلموا في الفرق بين الفاحش واليسير فقيل ان اوجب الخرق نقصان
ربع القيمة فصاعدا فهو فاحش وما دونه يسير وقيل ما لا يصلح الباقي لقوت ما فهو فاحش واليسير
ما يصلح وقيل ما صلح ينقص به نصف القيمة فاحش وما فوقه استهلاك لان للاكثر حكم الكل
والصحيح ان الفاحش ما يفوت به بعض العين وبعض المنفعة واليسير ما لا يفوت به شيء من المنفعة بل
يتعيب به فقط وهذا الخيار يثبت ما لم يكن اتلافا واذا كان اتلافا فله تضمين جميع القيمة من غير خيار
ويملك السارق الثوب ولا يقطع وحد الاتلاف ان ينقص اكثر من نصف القيمة قال ولو سرق شاة
فذبحها واخرجها لا اي لا يقطع لان السرقة عيب على اللحم ولا قطع فيه قال ولو صنع المسروق دراهم
او دنانير قطع وردها اي لو سرق ذهبا او فضة بقدر ما يجب فيه القطع فصنعه دراهم او دنانير
قطع ورد الدراهم والدنانير الى المسروق منه وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا سبيل للمسروق منه عليها واصل
هذا الخلاف في الغصب في ان الغاصب هل يملك الدراهم والدنانير بهذه الصنعة ام لا بناء على انها متقومة
ام لا فعنده لا يملك فانها لا تتقوم وعندهما يملك لتقوم صنعته ووجوب القطع عنده لا يشكل لانه لم يملكها
على قوله وقيل على قولهما لا يجب القطع لانه ملكه قبل القطع وقيل يجب لانه صار شيئا اخر بالصنعة ولم
يملك عينه وعلى هذا الخلاف اذا اتخذه حليا او انية قال ولو صبغه احمر فقطع لا يرد ولا يضمن اي
لو سرق ثوبا فصبغه احمر فقطع لا يجب عليه رده ولا ضمانه وهكذا ذكره في المحيط والكافي ولفظها
في الهداية وان سرق ثوبا فقطع فصبغه احمر لم يوخذ منه ولا يضمن [illegible] الصبغ عن القطع
ولفظ محمد رحمه الله ولو سرق الثوب فقطع يده وقد صبغ الثوب احمر الى اخره دليل على انه
لا فرق بين ان يصبغه قبل القطع او بعده وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد
يوخذ منه الثوب ويعطى ما زاد الصبغ فيه لان عين ماله قائم من كل وجه وهو اصل والصبغ
تبع فكان اعتبار الاصل اولى كما في الغاصب ولهما ان صبغ السارق في الثوب قائم صورة ومعنى
صفة حتى اذا هلك عنده او استهلكه لا يجب عليه الضمان فكان حق السارق احق بالترجيح كالموهوب له
الحقيقة ان
ما قلنا وان ملك الاتبع [illegible] فانه يقطع بالخياطة
[illegible] لو سرق [illegible]
لم يملكه ايضا بوجودها [illegible]
[illegible] لا يجب القطع قلنا لا يجب القطع
[illegible] يمنع القطع [illegible] من حيث سرق
[illegible] حق المالك وجب انه
[illegible] التبع فان قيل [illegible]
[illegible] فقطعها فان [illegible]
[illegible] واحد منهما [illegible]
ما قلنا بخلاف الغصب [illegible]
اذا صبغه القطع حق المالك [illegible]

١١٧
ان ثبوت الملك للسارق فيه لرجحان الصبغ بكونه متقوما دون الثوب وعدم تقوم الثوب
بعد القطع فلا يكون الملك ثابتا قبله قال ولو اسوده يرده اي لو صبغ الثوب اسود يرده الثوب على
المسروق منه عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا سبيل للمسروق منه على الثوب لان السواد نقصان
عند ابي حنيفة وليس بزيادة وبنقصان المسروق لا ينقطع حق المالك بخلاف الزيادة فيرده على المالك
وعند ابو يوسف ومحمد زيادة لكن بالزيادة لا ينقطع حق المالك عند محمد بل يرده وياخذ ما زاد الصبغ
وعند ابو يوسف ينقطع ولا ياخذ الزيادة على ما بينا في الحمرة وكذا اذا قطع الثوب وخاطه والله اعلم

باب قطع الطريق

شرايط قطع الطريق في ظاهر الرواية ثلاثة يعني ما يختص
به دون السرقة الصغرى ثلثة ان يكون من قوم لهم قوة وشوكة فينقطع بهم الطريق وان لا تكون في
مصر ولا فيما بين القرى ولا بين مصرين وان يكون بينهم وبين المصر مسيرة سفر لان قطع الطريق
انما يكون بانقطاع المارة ولا ينقطعون في هذه المواضع عن الطريق لانه يلحقهم الغوث من جهة الامام و
المسلمين ساعة بعد ساعة فلا يتحقق المذكور والاستطراق وعن ابي يوسف انهم لو كانوا في المصر ليلا
او فيما بينهم وبين المصر اقل من مسيرة سفر يجري عليهم احكام قطاع الطريق وعليه الفتوى لمصلحة الناس
وهي دفع شر المتغلبة المتلصصة قال اخذ قاصد قطع الطريق قبله حبس حتى يتوب وان اخذ مالا
معصوما قطع يده ورجله من خلاف وان قتل قتل حدا وان عفى الولي وان قتل واخذ المال قطع وقتل
او صلب او قتل او صلب والاصل فيه قوله تعالى انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله الاية والمراد منه والله اعلم
التوزيع على الاحوال لان الجنايات متفاوتة والحكمة ان تتفاوت جزاءاتها وهو الاليق بحكمة الله تعالى وانما
ذكر انواع الجزاء ولم يذكر انواع الجناية لانها معلومة فكان بيان جزاءاتها اهم وهذا لان انواع الاجزية
ذكرت على سبيل المقابلة بالجناية وهي المحاربة وهي معلومة بانواعها فاكتفي باطلاقها وبين انواع الجزاء فوجب
التقسيم على حسب انواع حال الجناية اذ ليس من الحكمة ان يسوى في العقوبة مع التفاوت في الجناية كيف وقد روي
ان جبريل عليه السلام نزل بهذا التقسيم في اصحاب ابي بردة وقال مالك رحمه الله الامام مخير اي يختار شاء
من هذه الاجزية في كل واحد من الجناية لان الكلمة او يقتضي ذلك كما في كفارة اليمين وجوابه انها مقابلة
بالجنايات فتنصرف القسمة فتقديره ان يقتلوا ان قتلوا او يصلبوا ان قتلوا واخذوا المال او تقطع ايديهم
وارجلهم من خلاف ان اخذوا المال او ينفوا ان اخافوا بخلاف كفارة اليمين فانها مقابلة بجناية
واحدة وهي الحنث فكانت للتخيير والذي يدل على ما قلنا ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما في قطاع الطريق
اذا قتلوا واخذوا المال قتلوا وصلبوا واذا قتلوا ولم ياخذوا المال قتلوا ولم يصلبوا وان اخذوا المال
ولم يقتلوا قطعت ايديهم وارجلهم من خلاف وان اخافوا السبيل ولم ياخذوا مالا نفوا من الارض رواه الشافعي
حتى يموت وقال الشافعي
الى غيره مذكور وحكمه انه يحبس
الطريق قبله وهذه النهاية [illegible]
وهو المراد بقوله اخذ قاطع
قبل ان يقتل نفسا ولا ياخذ مالا
اربعة الاحوال ان يوخذ
[illegible] هذه الاحوال
[illegible]
[illegible]
[illegible]

المراد من النفي الطلب ليهرب بقاؤه من كل موضع وهذا ليس بسديد لان دفع اذاه لا يحصل بذلك لانه يفسد في موضع آخر وان اخرج بالنفي من دار الاسلام ففيه تعريض على الردة ولم يعهد من الشارع بذلك فتعين الحبس لانا عهدناه عقوبة في الشرع وفيه نفيه عن وجه الارض وهو ابلغ وجوه النفي قال القائل خرجنا من الدنيا ونحن من اهلها فلسنا من الاحياء فيها ولا الموتى اذا جاءنا السجان يوما لحاجة عجبنا وقلنا جاء هذا من الدنيا ولان ادفع لشره واشد عقوبة على ارتكابه المنكر وهو الاخافة والحالة الثانية ان يؤخذ بعدما اخذ المال ولم يقتل النفس واصاب كل واحد منهم نصابا فانه يقطع يده اليمنى ورجله اليسرى اذا كان المال لمسلم او الذمي لا لمستامن وهو المراد بقوله وان اخذ مالا معصوما قطع يده ورجله من خلاف لما تلونا ولان جناية اغلظ من السرقة الصغرى فكانت عقوبته اغلظ بقطع الشيئين وكان من خلاف لئلا يفوت جنس المنفعة حتى لو كانت يده اليسرى مقطوعة او شلاء او رجله اليمنى كذلك لا يقطع لما ذكرنا فان قيل لما تضاعف قطعه ينبغي ان يتضاعف نصابه فيكون عشرون درهما قلنا تغلظ العقوبة هنا بتغلظ الجناية بمحاربة الله ورسوله لا بكثرة الماخوذ والحالة الثالثة ان يؤخذ وقد قتل النفس ولم ياخذ المال فان الامام يقتله حدا حتى لو عفى الاولياء لم يلتفت الى عفوهم ولا يشترط ان يكون القتل موجبا للقصاص من مباشرة الكل والآلة لانه حق الله تعالى لوجوبه في مقابلة الجناية على حقه لمحاربته وهو المراد بقوله وان قتل قتل حدا وان عفى الولي قال العاجب قصاص لانه قتل باءزاء قتل قلنا القطع حق الله تعالى فكذا القتل لانه قسيمه وتسميته جزاء يشعر لانه اسم لما يجب الله تعالى والحالة الرابعة ان يؤخذ وقد قتل بذلك النفس واخذ المال فان الامام مخير ان شاء قطع يده ورجله من خلاف وقتله وان شاء قتله وصلبه وهو المراد بقوله وقتل او صلب الى آخره وقال محمد رحمه الله يقتل او يصلب ولا يقطع وابو يوسف معه في المشهور لان القطع حد على حدة والقتل كذلك بالنص فلا يجمع بينهما لجناية واحدة وهي قطع الطريق اذ لا يجوز الجمع بين الحدين بجناية واحدة ولانه اجتمع عليه حد العقوبة في النفس وما دونها حقا لله تعالى فيدخل ما دون النفس في النفس كما لو اجتمع عليه حد الشرب والسرقة والرجم فانه يكتفي بالرجم ويدخل فيه ما عداه ولابي حنيفة انه وجد الموجب لهما وهو القتل واخذ المال فيستوفيان وهما حد واحد لاتحاد سببهما وهو قطع الطريق لكن ما قطع به القطع متفاوت فاذا تناهى تفويت الامن باخذ المال وقتل النفس تناهت عقوبته وصار هذا كقطع اليد والرجل فانهما حدان في السرقة الصغرى وحد واحد في الكبرى ولانه اخل في حد واحد فيجلدان الحد في الزنا وغيره وانما التداخل في الحدود ولا يلزم ان للامام ان يقتله او يصلبه ويدع القطع لان ذلك ليس للتداخل بل لانه ليس عليه رعاية الترتيب في اجزاء حد واحد فله ان يبتدئ بالقتل فاذا قتله لا يفيد القطع بعده كالذي اذا جلد حتى يموت جلدة ثم مات يترك الباقي لعدم الفائدة في اقامته بعد الموت وفي

فاعد الدراية هذه
في الصلبات ان شاء فعله
وان شاء تركه وعن ابي يوسف
انه لا يتركه لانه منصوص
عليه والمقصود منه التشهير بتركه
به غيره فلا يترك ما امكن
قال ثم بعد الرجم ثم يرجم
بالقتل ولم ينقل انه عليه
الصلاة والسلام صلب احدا
قال ويترك حيا ثلثة
ثلثة ايام ويبعج بطنه برمحه

١١٨

حتى يموت لان المقصود الردع وهو ابلغ من صلبه بعد القتل روي ذلك عن الكرخي وعن الطحاوي انه يصلب بعد القتل ولا يصلب حيا توقيا عن المثلة لانه ~~المقصود الردع~~ عليه الصلاة والسلام نهى عن المثلة ولو كان بالحلب العقوبة والاول اصح وهو الردع ولهذا لا يقتل حدا بالسيف مع الامن بان يخشى القتلة وبطعنه الرجم في الزنا كما قلنا ثم اذا تم له ثلثة ايام من وقت موته يخلى بينه وبين اهله ليدفنوه وعن ابي يوسف انه يترك على خشبة حتى تنقطع وتسقط لانه ابلغ في الارداع قلنا انه يتغير بعد الثلاث فيتاذى الناس به والارداع قد حصل بذلك القدر وغايته غير مطلوبة قال ولم يضمن ما اخذ يعني بعد ما اقيم عليه الحد لما ذكرنا في السرقة الصغرى وكذا لا يضمن ما قتل وما جرح لذلك المعنى قال وغير المباشر كالمباشر يعني في الاخذ والقتل حتى تجري احكامه على الكل بمباشرة بعضهم وقال الشافعي لا يحد الا المباشر كحد الزنا ولنا انه حكم يتعلق بالمحاربة فيستوي فيه الردء والمباشر كاستحقاق السهم في القسمة وهذا لان الردء محارب مفسد ووقوفه ليتمكن المباشر من الاخذ والقتل هو ان امكنه او يدفع عن المباشر العوايق وينضم المباشر اليه ان تعذر وهذا هو المعتاد بينهم ولو اشتغل الكل بالمباشرة لما نفيا لهم غرضهم فيكون الكل محاربين مفسدين فيدخلون تحت قوله تعالى انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الارض فسادا اي في محاربة واي فساد يكون اشد منه ولهذا اجاز قتل ردء اهل البغي ولو لا انه محارب لما جاز فاذا اثبت انه محارب اجري عليه احكامه بخلاف الزنا لان غير المباشر ليس فيه صنع لتمكنه وصلته قال والعصا والحجر كالسيف يعني القتل بالعصا او بالحجر كالقتل بالسيف لان قطع الطريق بالقتل باي آلة كانت بل باخذ المال بغير قتل او بمجرد ذلك الاخافة على ما بينا حكمه وهو المناط هنا بخلاف القصاص لانه يقصد القتل والقصد معنى لا يعرف فيستدل عليه باستعمال آلة القتل واشترط احتمال قصد التاديب او اتلاف العضو وما اشبه ذلك قال وان اخذ مالا وجرح قطع وبطل الجرح لانه لما وجب الحد حقا لله تعالى واستوفي بقطع اليد والرجل سقطت عصمة النفس حقا للعبد كما يسقط عصمة المال على ما بينا في السرقة الصغرى فان قيل الجرح فعل آخر غير الاخذ فينبغي ان يعتبر حق العبد فيه لان اعتباره لا يؤدي الى سقوط الحد في الاخذ لانهما فعلان متغايران فيجعل احدهما سببا لحق العبد لا يمتنع ان يكون الآخر سببا لحق الله تعالى بخلاف الاخذ لانه فعل واحد على ما بينا قلنا بل الفعل واحد وهو قطع الطريق واذا وجب حق الله به امتنع حق العبد على ما ذكرنا من قبل قال وان جرح فقط او قتل فتاب او كان بعض القطاع غير مكلف او ذا رحم محرم من المقطوع عليه او قطع بعض القافلة على البعض او قطع الطريق ليلا او نهارا بمصر او بين مصرين لم يحد فاقاد الولي او عفا اما اذا جرح فقط اي لم يقتل ولم ياخذ مالا فلان هذه الجناية ليس فيها حد فلا يسقط حق العبد اذ السقوط في ضمن استيفاء الحد ولم يوجد فيكون حقه باقيا فيقتص بما فيه القصاص ويأخذ الارش في غيره وذلك الى الاولياء

وفا هذا اذا قصدوا
من المال دون النصاب
او الاشياء التي لا يقطع فيها
كالاشياء التافهة والتي
يسارع اليها الفساد ولو كان مع
هذا الاخذ قتل لا يجب الحد ايضا
وهو قطع عيسى فانه قال القتل
ذلك يوجب الحد فكيف يمتنع مع
الزيادة وجوابه انه مقصدهم المال
قلنا فينتظم اليه لا غيره
ان مقصدهم اقتصروا على القتل لانه يثبت
بخلاف ما اذا

القتل دون المال فيحدّون فعدت هذه من الغرايب ثم اذا لم يجب الحد يكون الامر في القصاص والارش الى
الاولياء لعدم وجوب الحد واما اذا قتل واخذ المال الاحتساب قبل ان يوجد فلان هذا الحد لا يقام في هذه
الحالة للاستثناء المذكور في الآية اولان التوبة تتوقف على رد المال وبعد الرد لا يقطع لما في الآية في السرقة
الصغرى فاذا سقط الحد صار الامر الى الاولياء في القصاص والارش على نحو ما بينا فان قيل ينبغي ان
ينصرف الاستثناء في الآية الى الذي يليه وهو قوله تعالى ولهم في الآخرة عذاب عظيم كما في آية القذف فلا
يقتضي سقوط الحد بالتوبة **قلنا** في هذه الآية الجمل التي قبل الاستثناء كلها من جنس واحد اذ الكل جزاء المحاربة
فينصرف الاستثناء الى الكل فيندفع الكل بالتوبة بخلاف الاستثناء في آية القذف لان الجملة التي تليه خلاف جنس الجمل
المتقدمة اذ هي لا تصلح جزاء للقذف وانما هي اخبار عن حالة بانه يتصف بالفسق فكانت فاصلة بينه وبين
ما قبلها من الجمل فيعود اليها فقط واما اذا كان بعض قطاع الطريق غير مكلف بان كان صبيا او مجنونا
فلان هذه الجناية واحدة قامت بالكل فاذا لم يقع فعل بعضهم موجبا كان فعل الباقين بعض العلة
وانه لا يثبت الحكم كالعامد والخاطئ اذا اشتركا في القتل حيث لا يجوز القود وعن ابي يوسف انه لو باشر العقلاء يحد
الباقون لان المباشر اصل والردء تبع ولا خلل في مباشرة الاصل ولا اعتبار بالخلل في التبع وفي عكسه ينعكس
المعنى والحكم وعلى هذا السرقة الصغرى وقوله او بعض القطاع غير مكلف يدل على ان المراة اذا قطعت الطريق
تجري عليها الاحكام لانها مكلفة وقيل لا تكون قاطعة طريق لان بنيتها لا تصلح للحراب وعن ابو يوسف انها
تقطع ولا تصلب والاخرس في هذا كالصبي خلافا لابي يوسف ذكره في البدايع واما اذا كان بعض القطاع
ذا رحم محرم من المقطوع عليهم فلان الجناية متحدة بالامتناع في حق البعض فوجب الامتناع في حق الباقين بخلاف
ما اذا كان فيهم مستامن لان الامتناع في حقه لخلل بالعصمة وذلك خاص به فيختص الامتناع حتى اذا دفع الاخذ
والقتل على المستامن خاصة لا يجب عليهم الحد وان وقع على غيره او عليهما وجب وكان ابو بكر الرازي رحمه الله يقول
هذه المسئلة محمولة على ما اذا كان المال مشتركا بين المقطوع عليهم وبين قطاع الطريق وفيهم ذو رحم محرم من
احدهم حتى لا يجب الحد عليهم باعتبار نصيب ذي الرحم المحرم وبقيت شبهة في نصيب الباقين فلا يجب الحد عليهم
لان المأخوذ شيء واحد فاذا امتنع في حق احدهم بسبب القرابة امتنع في حق الباقين اما اذا لم يكن المال مشتركا
بينهم فان لم يأخذ المال الا من ذي الرحم المحرم فكذلك وان اخذ منه ومن غيره يحدون باعتبار المال
المأخوذ من الاجنبي والصحيح يجري على اطلاقه كما ذكرنا واذا سقط الحد كان القصاص والتضمين الى الاولياء لانه حقهم
ولم يوجد ما يسقطه واما اذا قطع بعض القافلة على بعض فلان الحرز واحد فصارت القافلة كبيت واحد
واما اذا قطع الطريق بمصر او بين مصرين فلان قطع الطريق بقطع المارة ولا يتحقق ذلك في مثل هذه الاماكن فلا
لان الغوث يلحقهم ساعة فساعة فلا يمكنهم المكث فيه ولان السبب محاربة الله ورسوله وهي انما تتحقق في المفازة

الله تعالى فلا يحد | فيمكنهم الغوث | فيتمكن النقصان في حقهم | والمسلمين فيكون اعتماده عليهم | منه لحقه الغوث من السلطان | لله تعالى واتباع بالمصر والقرية | من قصده لا يكون محاربا | حفظه الله تعالى معتمدا عليه | لا يلحقه الغوث فيها يسير | تحققه في المفازة لان المسافر | حفظ الله ورسوله وهي انما | الغوث فيها يسير | لان المسافر في الطريق [illegible]

وقال الشافعي رحمه الله يكون قاطع الطريق في المصر وهو القياس لوجود حقيقة القطع وعن ابي يوسف
انهم ان قصدوا في المصر بالسلاح يجري عليهم احكام قطاع الطريق لان السلاح لا يلبث فلا يلحقهم الغوث
وان قصدوا بالحجر او بالخشب فان كان خارج المصر فكذلك الحكم لان الغوث لا يلحقهم وان كان بقرب منه فان
كان في المصر فان كان في الليل فكذلك ايضا لان الغوث لا يلحقهم وان كان بالنهار لا يجري عليهم حكم قطاع الطريق
واستحسن المشايخ هذه الرواية وبه يفتي وعن ابن سماعة عن ابي يوسف في المحاربين بالليل اذا لم يقدر اهل
الدار على الامتناع منهم فهم محاربون واما بالنهار فهم مختلسون حتى يكونوا لا يقدر عليهم غير السلطان والحيا
يدون في القرى اذا كان اهل القرية لا يقدرون على الامتناع منهم محاربون وقال بعض المشايخ جواب ابي
حنيفة بما شاهده في زمانه فان الناس في ذلك الزمان كانوا يحملون السلاح في المصر والقرى فلا يتمكن القاصد
من قطع الطريق الا نادرا ولا يبنى الحكم على النادر واما في زماننا فقد تركوا هذه العادة فيتحقق قطع الطريق في الامصار
والقرى وقوله فاقاد الولي او عفا يعني ان شاء اقتص وان شاء عفى في هذه الصور كلها لانه لما لم يجب الحد فيها
ظهر حق العبد لان سقوطه كان في ضمن اقامة الحد ولم يوجد فكان استيفاؤه اليه ان شاء استوفى وان شاء
عفى عن القصاص والمال **قال** ومن خنق في المصر غير مرة قتل به يعني سياسة لانه ذو افتنة وسعى في الارض
بالفساد فيقتله الامام دفعا لشره وتنبيها عن العباد وفي قوله غير مرة اشارة الى انه لا يقتل الا اذا تكرر منه
وهي مسئلة القتل بالمثقل على ما يجي في موضعها ان شاء الله تعالى ومن السياسة ما حكي عن الفقيه ابي بكر الاعمش ان
المدعى عليه السرقة اذا انكر فللامام ان يعمل فيه باكبر رأيه فان غلب على ظنه انه سارق وان المال المسروق
عنده عاقبه ويجوز ذلك كما لو رآه الامام جالسا مع الفساق او في مجلس الشراب او كما لو رآه يمشي مع السراق و
يغلبه الظن اجاز او اقتل النفس كما اذا دخل عليه رجل شاهرا سيفه وغلب على ظنه انه يقتله وحكي ان عصام
بن يوسف دخل على امير بلخ فاتي بسارق فانكر السرقة فقال الامير لعصام ما ذا يجب عليه فقال على المدعي
البينة وعلى المنكر اليمين فقال الامير هاتوا السياط فما ضرب عشرة حتى اقر واحضر السرقة فقال عصام ما
رأيت جورا اشبه بالعدل من هذا والله اعلم

كتاب السير

السير جمع سيرة واصل السيرة
حالة السير الا انها غلبت في الشرع على امور المغازي وما يتعلق بها كالمناسك على امور الحج **قال** رحمه الله الجهاد
فرض كفاية ابتداء يعني يجب علينا ان نبتدأهم بالقتال وان لم يقاتلونا لقوله تعالى وقاتلوا المشركين كافة وقاتلوا
الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر وقال تعالى انفروا خفافا وثقالا وجاهدوا باموالكم وانفسكم وقال عليه
الصلاة والسلام الجهاد ماض منذ بعثني الله الى ان تقاتل آخر امتي الدجال لا يبطله جور جاير ولا عدل عادل وقوله
عليه الصلاة والسلام امرت ان اقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله وعليه اجماع الامة وكونه فرضا على الكفاية لانه لم
يشرع لعينه اذ هو قتل وافساد في نفسه وانما شرع لاعلاء كلمة الله تعالى واعزاز دينه ودفع الفساد عن العباد فاذا

عند اولي الضرر | القاعدون من المؤمنين | دون كفاية فولد تعالى لا يستوي | الكفاية والذي يدل على انه | تبعا للصلاح والتفقه فوضعا | للتجارة والطلب والحرف الى ان يقوم | اذ يتوجه البعض للجهاد والبعض | فينقطع الجهاد بسبب ذلك فينبغي | قطع مادة الجهاد من الكراع والسلاح | ودية السلام ولان في اشتغال الكل | فرض كالصلاة على الجنازة ورد السلام | فصل من البعض سقط عن الباقين

١١٩

الى قوله وكلا وعد الله الحسنى وعد القاعد الحسنى ولو كان فرض عين لذم وكانت الصحابة يغزو بعضهم ويقعد
البعض ولو كان فرض عين لما قعد واحد وهذا هو الذي تقرر عليه امر الجهاد وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم
في ابتداء الامر مامورا بالصفح والاعراض عن المشركين كما قال الله تعالى فاصفح الصفح الجميل وقال تعالى واعرض
عن المشركين ثم امر بالدعاء الى الدين بالموعظة والمجادلة الحسنة وجادلهم بالتي هي احسن قال الله تعالى ادع الى
سبيل ربك بالحكمة والموعظة الحسنة وجادلهم بالتي هي احسن ثم امر بالقتال اذا كانت البداية منهم بقوله
تعالى اذن للذين يقاتلون بانهم ظلموا اي اذن لهم في الدفع ثم امر بالقتال ابتداء في بعض الازمان بقوله
تعالى فاذا انسلخ الاشهر الحرم فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم ثم بالبداية بالقتال مطلقا في الازمان كلها
وفي الاماكن باسرها بقوله تعالى وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة الى غير ذلك من الايات والاخبار المطلقة وقد حاصر
رسول الله صلى الله عليه وسلم الطايف لعشر بقين من المحرم والمحاصرة نوع من القتال فهذا يدل على ان تحريم القتال
في الاشهر الحرم منسوخ **قال** فان قام به قوم سقط عن الكل لحصول المقصود بذلك على ما بينا انه مشروع
لغيره فاذا حصل المقصود بالبعض كفى **قال** والا اثموا بتركه اي ان لم يقم به احد اثم الكل بتركه لانه واجب
على الكل فيأثمون بتركه **قال** ولا يجب على صبي وامراة وعبد واعمى ومقعد واقطع لقوله تعالى ليس على الاعمى
حرج الاية نزلت في ارباب الاعذار حيث اهتموا بالخروج مع النبي صلى الله عليه وسلم لما نزلت اية التخلف ولانهم
عاجزون والتكليف بالقدرة ولان الصبي مظنة المرحمة فلا يوتى به الى المهلكة والمراة والعبد مشغولان بخدمة
الزوج والمولى وحقهما مقدم على حق الشرع لحاجتهما وغنى الشرع **قال** وفرض عين ان هجم العدو فتخرج
المراة والعبد بلا اذن زوجها وسيده لان المقصود ما يحصل الا باقامة الكل فيجب على الكل وحق الزوج والمولى
لا يظهر على فروض الاعيان كالصلاة والصيام بخلاف ما قبل النفير لان بغيرهم كفاية فلا ضرورة الى ابطال حقهما
وكذا الولد يخرج بغير اذن والديه وفي غير النفير العام لا يخرج الا باذنهما وكذا كل سفر فيه خطر لان الاب
شفاق عليه يتضرران وان لم يكن فيه خطر فلا باس بان يخرج بغير اذنهما اذا لم يعصهما والاجداد والجدات
مثلهما عند عدمهما وكذلك المديون لا يخرج الا باذن الداين الا في النفير العام والاصل فيه قوله تعالى انفروا خفافا
وثقالا الاية اي اخرجوا الى الجهاد شبانا وشيوخا او ركبانا ومشاة مقلين او اغنياء وقد جاء في التفسير خفافا
شبانا اغنياء وثقالا شيوخا فقراء وهذا ابلغ وفي الجامع الصغير الجهاد واجب الا ان المسلمين في سعة حتى
يحتاج اليهم فقوله في سعة اشارة الى ان مباشرة القتال فرض على الكل عند الحاجة اليهم وهو النفير العام
لان المقصود حينئذ لا يحصل الا باقامة الكل فيفترض عليهم مباشرته ولذا في النهاية معزيا الى الذخيرة
اذا جاء النفير انما يصير فرضا عينا على من يقرب من العدو وهم يقدرون على الجهاد فاما من وراءهم يبعد
عن العدو فان كان الذين يقربون العدو عاجزين عن مقاومة العدو او قادرين الا انهم لا يجاهدون لكسل منهم

قال [illegible] ... التفصيل صلاة ... فلهم ... على الطاعة ... الى الجهاد لا ... للجعل على الناس ... [illegible]

فيكره ما يشبهه ولان بيت المال معد لنوايب المسلمين وهذا من جملتها **قال** والا اي ان لم
يوجد في بيت المال في لا يكره لان الحاجة الى الجهاد ماسة وفيه تحمل الضرر الادنى لدفع الاعلى وقد
اخذ النبي صلى الله عليه وسلم دروعا من صفوان عند الحاجة بغير رضاه وعمر رضي الله عنه كان يغزي العزب
عن ذي الحليلة ويعطي الشاخص فرس القاعد وقيل يكره ايضا لما بينا والصحيح الاول لانه تعاون على
البر وجهاد من البعض بالمال ومن البعض بالنفس واحوال الناس مختلفة فمنهم من يقدر على الجهاد
بالنفس والمال ومنهم من يقدر باحدهما وكل ذلك واجب لقوله تعالى وجاهدوا باموالكم وانفسكم
وقوله تعالى ان الله اشترى من المومنين انفسهم واموالهم بان لهم الجنة يقاتلون في سبيل الله وقال تعالى
وتعاونوا على البر والتقوى وقال عليه الصلاة والسلام المومنون كالبنيان يشد بعضهم بعضا الى يوم القيامة
واطلق الاباحة في السير ولم يقيده بشيء واستدل عليه بقوله عليه الصلاة والسلام مثل المومن يغزو
باجر كمثل ام موسى ترضع ولدها لنفسها وياخذ عليه الاجر وكانت تاخذ من فرعون دينارين لكل يوم
قال فان حاصرناهم ندعوهم الى الاسلام لما روي عن ابن عباس انه قال ما قاتل رسول الله صلى الله عليه وسلم
قوما قط الا دعاهم رواه احمد وقال عليه الصلاة والسلام لعلي بن ابي طالب لا تقاتلهم حتى تدعوهم الى الاسلام
رواه احمد **قال** فان اسلموا والا الى الجزية اي فان اسلموا كفينا عن قتالهم لحصول المقصود وقد قال
عليه الصلاة والسلام امرت ان اقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله فان قالوها عصموا مني دماءهم واموالهم الا
بحقها ولا بد من ان يقع منهم ابرس على الله عليه وسلم وانما اكتفي بكلمة التوحيد لانهم كانوا يعتقدون الشرك
فاذا وحدوا علم بذلك انهم امنوا بمحمد صلى الله عليه وسلم لانهم لم يعدوا ذلك الا منه عليه الصلاة والسلام قوله
والا الى الجزية اي ان لم يقبلوا الاسلام ندعوهم الى الجزية لما روي انه عليه الصلاة والسلام اذا امر اميرا على جيش
او سرية امره به في حديث فيه طول رواه احمد ومسلم والترمذي وصححه ولانه اخذ ما ينتهي به القتال لقوله تعالى
حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون فوجب الدعوة اليه كما يجب الى الاسلام وهذا في حق من يقبل منه الجزية كاهل
الكتاب والمجوس وعبدة الاوثان من العجم واما من لا يقبل منه كالمرتدين وعبدة الاوثان من العرب فلا ندعوهم
الى اداء الجزية لعدم الفايدة اذ لا يقبل منهم الا الاسلام قال الله تعالى تقاتلونهم او يسلمون **قال** فان قبلوا
فلهم ما لنا وعليهم ما علينا اي ان قبلوا اداء الجزية لقول علي رضي الله عنه انما بذلوا الجزية ليكون دماؤهم كدمائنا واموالهم
كاموالنا والمراد بالبذل القبول وكذا بالاعطاء المذكور في الاية لان العصمة تحصل لهم قبل ادائها بمجرد
القبول **قال** ولا يقاتل من لم تبلغه الدعوة الى الاسلام لما روينا ولانهم بالدعوة اليه يعلمون انا نقاتلهم
على الدين لا على سبي الذراري وسلب الاموال فلعلهم يجيبون فيحصل المقصود بلا قتال ومن قاتلهم قبل الدعوة اثم
للنهي عنه ولا يغرم لانهم غير معصومين بالدين او الاحراز بالدار فصار كقتل من لا يقاتل منهم وقال الشافعي

قال ... بلغته ... الدعوة ... لما روي عن ... انه قال ... عن الاسلام ... رواه احمد ... الى الاسلام ... [illegible]

ولم يستفيض واما بعد ما انتشر واستفاض وعرف كل مشرك الى ماذا يدعى فيحل له القتال قبل الدعوة
ويقوم ظهور الدعوة وشيوعها مقام دعوة كل مشرك وهذا الصحيح ظاهر والدليل عليه ما روي عن ابن عون
انه قال كتبت الى نافع اسئله عن الدعاء قبل القتال فكتب الي انما كان ذلك في اول الاسلام وقد اغار رسول الله صلى
الله عليه وسلم على بني المصطلق وهم غارون وانعامهم تسقى على الماء فقتل مقاتلتهم وسبى ذراريهم واصاب يومئذ
جويرية بنت الحارث حدثني به عبد الله ابن عمر وكان في ذلك الجيش رواه مسلم واحمد والبخاري وعن انس
كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا غزا قوما لم يغز حتى يصبح فان سمع اذانا امسك وان لم يسمع اغار
بعد ما يصبح رواه احمد والبخاري والاغارة لا تكون الا بعد الاعلام فاذا كان ذلك في زمنه لاشتهار الاسلام
فما ظنك في زماننا وقد اشتهر وبلغ المشرق والمغرب فلا تجب الدعوة بعد علمهم بالعناد ولانهم لو اشتغلوا بالدعوة
ربما يتحصنون فلا يقدر عليهم قال والا نستعين بالله تعالى ونحاربهم وننصب المجانيق ونحرقهم
ونغرقهم ونقطع اشجارهم ونفسد زروعهم ونرميهم وان تترسوا ببعضنا ونقصدهم اي ان لم يقبلوا الجزية
نستعين بالله تعالى عليهم ونحاربهم بهذه الاشياء التي ذكرها وبكل ما يمكن فيه كسر شوكتهم والحاق الضرر بهم
لما روي انه عليه الصلاة والسلام كان يقول في وصية امراء الجيش فان هم ابوا فاسئلهم الجزية فان اجابوك
فاقبل منهم وكف عنهم فان هم ابوا فاستعن بالله عليهم وقاتلهم رواه مسلم ولانه تعالى هو الناصر لاوليائه
والمدمر على اعدائه فيستعان به في كل الامور ونقاتل بكل ما يمكن لما روي الترمذي عن النبي صلى الله عليه وسلم
نصب المنجنيق على اهل الطائف واحرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بويرة وكان فيها النخل حتى قال الشاعر وهو
حسان • وهان على سراة بني لؤي حريق بالبويرة مستطير وصح انه عليه الصلاة والسلام قطع النخيل وقال الله تعالى
في ذلك ما قطعتم من لينة او تركتموها قائمة على اصولها فباذن الله رواه احمد والبخاري ومسلم ولان في ذلك
كله الحاق الغيظ بهم وكبتهم وكسر شوكتهم وتفريق شملهم فيكون مشروعا وقد قال الله تعالى ولا يطؤن
موطئا يغيظ الكفار وقوله ونرميهم وان تترسوا ببعضنا ونقصدهم يعني نحاربهم بعد ضيمهم وان تترسوا
بالمسلمين ونقصدهم بالرمي دون المسلمين وقال الحسن بن زياد اذا علم ان فيهم مسلما وانه يتلف بذلك
لا يحل لان الاقدام على قتل المسلم حرام وترك قتال الكفار جائز الا ترى ان للامام ان لا يقتل الاسارى لمنفعة
المسلمين فكان مراعاة جانب المسلم من ذلك الوجه ونحن نقول امرنا بقتالهم فلو اعتبرنا هذا المعنى لادى الى
سد باب الجهاد لان حصونهم ومدائنهم لا تخلو عن مسلم ولان في الرمي دفع الضرر العام بالحاق ضرر خاص
فكان اولى الا ترى انه يجوز لنا ان نفعل بهم ذلك وان كان فيهم من لا يجوز قتله كنسائهم وصبيانهم والرهبان
والشيوخ ونقصد بالرمي الكفار لان التمييز بالنية ممكن وان لم يمكن فعلا والتكليف بحسب الطاقة وان اصابوا
منهم فلا دية عليهم ولا كفارة وقال الشافعي تجب فيه الدية والكفارة لانه قتل مسلما خطأ فيجب موجبه ولان

لانه مطلق وليس بفرض عليه فيكون مقيدا بشرط السلامة قال ونهينا عن اخراج مصحف وامراة في سرية
يخاف عليها لما فيه من تعريض المصحف على الاستخفاف وهو المراد بقوله صلى الله عليه وسلم لا تسافروا بالقرآن
ارض العدو وقيل تاريخ القرآن وذكر الطحاوي ان هذا النهي كان في ابتداء الاسلام حين كانت المصاحف
والقراء قليلين فيخاف ذهاب شيء من القرآن ثم نسخ ذلك حين كثرت المصاحف والقراء عن ظهر القلب
والاول اصح واحوط وكذا فيه تعريض المراة على الضياع والفضائح فيكره اخراجها وان دخل اليهم بامان
١٢١ فلا باس بان يحمل معه المصحف اذا كانوا قوما يوفون بالعهد لان الظاهر عدم الجناية والجري على العادة
وان كان العسكر عظيما فلا باس باخراج العجائز للخدمة من الطبخ والخبز ومعالجة المرضى وغير ذلك لان
الغالب فيه السلامة اذا كانت الشوكة لهم والغالب كالمتحقق ولا يباشرن القتال الا عند الضرورة لانه يستدل
به على ضعفهم فيجتري عليهم العدو واما الشواب منهن فقرارهن في البيوت اسلم والاولى ان لا تخرجن
النساء اصلا خوف الفتنة وربما جن منهم امة فاشتغلوا عنهن فلا يتمكن من الدفع وان لم يكن لهم
بد من الاخراج للمباضعة فالاماء دون الحرائر لان حكم اختلاط النساء بالرجال في حق الاماء اخف الا ترى
انه لا باس للامة ان تسافر بغير محرم وقضاء الشهوة والخدمة تحصل بهن فلا حاجة الى الحرائر قال
وغدر وغلول لما انه عليه الصلاة والسلام نهى عنهما وكلاهما جناية الا ان الغلول في المغنم خاصة والغدر
اعم قال ومثلة لما روي عن صفوان بن عسال قال بعثنا رسول الله صلى الله عليه وسلم في سرية فقال
سيروا باسم الله وفي سبيل الله قاتلوا من كفر بالله ولا تمثلوا ولا تغدروا ولا تقتلوا وليدا رواه
المختار احمد وابن ماجة وفي شرح البخاري المنهية بعد الظفر بهم ولا باس بها قبله لانه ابلغ في كبتهم واضر
بهم وهذا احسن ونظيره الاحراق بالنار قال وقتل امراة وغير مكلف وشيخ فان واعمى ومقعد
لما روي انه عليه الصلاة والسلام نهى عن قتل النساء والصبيان رواه احمد والبخاري ومسلم وجماعة اخر وعن
انس رض ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال انطلقوا باسم الله وعلى ملة رسول الله لا تقتلوا شيخا فانيا ولا طفلا
ولا صغيرا ولا امراة الحديث رواه ابو داود ولان الادمي خلق معصوم الدم ليتمكن من حمل اعباء التكاليف
واباحة القتل عارض لحرابه لدفع شره ولا يتحقق منهم الحراب فبقوا على اصل العصمة وعلى هذا الرهبان
الذين لا يقاتلون والمقطوع احدى يديه او احدى رجليه او اليمنى والشافعي يخالفنا في الشيخ والاعمى والمقعد
لان القتل جزاء الكفر وقد تحقق قلنا الدنيا دار التكليف وليست بدار الجزاء وانما اوجب في معارضة
بعض الجنايات في الدنيا لينتظم مصالح العباد لان السفهاء لا ينتهون بمجرد الوعيد قال الا ان يكون احدهم
ذا راي في الحرب او ملكا فيقتل حينئذ لان في قتله كسر شوكتهم وان اندفع شرهم عن المسلمين وقد صح ان رسول الله
صلى الله عليه وسلم قتل دريد بن الصمة وكان ابن مائة وعشرين سنة وقيل ابن مائة وثلثين سنة لانه كان صاحب

يفيق بعض الاوقات فهو في حال افاقته كالصحيح فيقتل قاتل او لم يقاتل قال ويقتل اب مشرك لقوله
تعالى وصاحبهما في الدنيا معروفا وليست البداية بالقتل من المعروف ولانه سبب لاحيائه فلا يكون هو سببا لافنائه
قال وليأبى الابن ليقتله غيره لقوله عليه الصلاة والسلام لحنظلة حين استاذنه بقتل ابيه دعه يقتله
غيرك ولان المقصود يحصل بغيره من غير ارتكاب المحظور وان لم يكن ثمة من يقتله لا يمكنه من الرجوع حتى لا يعود حربا
على المسلمين ولكنه يلجئه الى مكان فيتمسك به حتى يجيء غيره فيقتله وان قصد الاب قتله ولم يمكنه دفعه الا بقتله
فلا بأس بقتله لان هذا دفع عن نفسه وايثار لحياته وهو له ان يدفع اباه المسلم عن نفسه اذا قصد الاب قتله فالكافر
اولى وكذا له ان يؤثر حياته الاترى انه لو كان للابن ما يكفي احدهما فله ان يشتغل به وان كان الاب يموت عطشا
ولهذا يحبس الاب بنفقته دون دينه لانه يمنع النفقة قصد اتلافه فكان الحبس فيه من باب دفع الهلاك
ومع هذا لو قتله لا يجب عليه شيء لعدم العاصم وقد قال كعب بن مالك قال علي لرسول الله صلى الله عليه وسلم اذا لقيت
ابي في العدو فسمعت منه مقالة لك فقتلته فسكت رسول الله صلى الله عليه وسلم ولو كان فيه شيء لبينه اذ هو موضع
الحاجة والاجداد والجدات من قبل الاب والام كالابوين حتى لا يبتدئ بهم القتل ولا يكره قتل اخيه وخاله وعمه
المشركين لانهم ليسوا كالاصول الاترى انه لا يجب عليه نفقتهم مع اختلاف الدين بخلاف اخيه الباغي حيث لا يجوز له
قتله لانه يجب عليه احياؤه بالاتفاق عليه لاتحاد الدين فكذا ابتداء القتل وكذلك يجوز له قتل ابنه الكافر لانه لا يجب
عليه احياؤه ولهذا لا يجب عليه نفقة ابنه المحارب قال ويصالحهم ولو بمال ان رأى خيرا اي يصالحهم الامام اهل
الحرب ان كان الصلح خيرا للمسلمين لقوله تعالى وان جنحوا للسلم فاجنح لها اي مالوا للصلح وصالح رسول الله صلى الله
عليه وسلم اهل مكة عشر سنين على ان يضع عليهم الحرب بينهم وبينهم وكان في ذلك نظر للمسلمين لمواطاة كانت بينهم وبين
اهل خيبر ولان الصلح جهاد في المعنى اذا كان فيه مصلحة اذ المقصود من الجهاد دفع الشر ولا يقتصر الحكم على المدة المذ
كورة بل يجوز اكثر اذا تعين فيه الخيرية لاطلاق النص بخلاف ما اذا لم يكن فيه خير حيث لا يجوز لقوله تعالى ولا تهنوا
وتدعوا الى السلم وانتم الاعلون ولانه لا يحصل فيه دفع شرهم لان الصلح ترك للجهاد صورة ومعنى وهو فرض فلا
يجوز تركه من غير عذر وقوله ولو بمال اي بمال يأخذه المسلمون منهم لانه اذا جاز بغير مال فبالمال اولى اذا كان
بالمسلمين حاجة لما بينا انه جهاد في المعنى وان لم يكن حاجة لا يجوز لانه ترك للجهاد صورة ومعنى والمأخوذ من المال
يصرف مصارف الجزية لانه مأخوذ بقوة المسلمين كالجزية الا اذا انه لو ابدأهم للحرب فحينئذ يكون غنيمة لكونه
مأخوذا بالقهر وحكمه معروف ولو حاصر العدو المسلمين وطلبوا الصلح بمال يأخذونه من المسلمين لا يفعل الامام
ذلك لما فيه من اعطاء الدنية ولحاق المذلة بالمسلمين وفي الخبر ليس للمؤمن ان يذل نفسه الا اذا خاف الهلاك لان
دفع الهلاك باي طريق امكن واجب واراد رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم الاحزاب ان يصرفهم عن المسلمين بثلث
ثمار المدينة كل سنة فقال سيد الانصار سعد بن معاذ وسعد بن عبادة رضي الله عنهما يا رسول الله ان كان هذا عن وحي
فامض لما امرت به
وان كان عن رأي ديانة
فقد كنا في الجاهلية لم يكن
ولا لهم دين فما كانوا يطمعون
من ثمار المدينة الا بشرى او قرى
فاذا اعزنا الله بالاسلام
وبعز نبيه ورسوله نعطيهم
الدنية لا نعطيهم الا السيف
فقال عليه الصلاة والسلام
اني رايت العرب رمتكم عن قوس
واحدة فاحببت ان اصرفهم
عنكم فان ابيتم ذلك فانتم
وذاك وسر عليه الصلاة والسلام
بذلك فقال اذهبوا لا نعطيكم
الا السيف وعليه الصلاة والسلام

في الابتداء دليل على انه يجوز عند خوف الهلاك وقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يعطي المؤلفة قلوبهم لدفع
ضررهم وكل ذلك جهاد معنى قال وينبذ لو خيرا معناه لو صالحهم الامام ثم رأى نقض الصلح اصلح نبذ اليهم
وقاتلهم لان المصلحة لما تبدلت كان النقض جهادا صورة ومعنى وابقاء العهد صورة ومعنى ولابد من النبذ اليهم
لقوله تعالى فانبذ اليهم على سواء ولان الغدر به ينتفي فكان واجبا ونبذ عليه الصلاة والسلام الى اهل مكة ويكون النبذ
على الوجه الذي كان الامان فان كان منتشرا يجب ان يكون النبذ كذلك وان كان غير منتشر بان امنهم واحد
من المسلمين سرا يكتفي بنبذ ذلك الواحد وهو على قياس الاذن بالحجر فان الحجر يكون على الوجه الذي كان الاذن فيه
من الجهر والسر ثم بعد النبذ لا يكون قتالهم حتى يمضي عليهم زمان يتمكن فيه ملكهم من انفاذ الخبر الى اطراف
مملكتهم وان كانوا قد خرجوا من حصونهم وتفرقوا في البلاد وفي عساكر المسلمين او هدموا حصونهم بسبب الامان
فحتى يعودوا كلهم الى مأمنهم ويعمروا حصونهم مثل ما كانت توقيا عن الغدر هذا اذا صالحهم مدة ثم رأى نقضهم
قبل مضي المدة واما اذا مضت المدة فيبطل الصلح بمضيها فلا ينبذ اليهم ولو كانت المواعدة على جعل فنقضه قبل
مضي المدة رد عليهم بحصته لانه مقابل بالامان في المدة فيرجعون بما لم يسلم لهم من الامان قال
ويقاتل بلا نبذ لو خان ملكهم لان النبذ لنقض العهد وقد انتقض بالخيانة منهم فلا يتصور نقضه بعد ذلك
وكذلك اذا دخل دار الاسلام جماعة منهم لهم منعة باذن ملكهم وقاتلوا المسلمين علانية لما ذكرنا وان
كان دخولهم بغير اذن ملكهم انتقض العهد في حقهم لا غير حتى يجوز قتلهم واسترقاقهم لانهم استبدوا
بانفسهم فينتقض العهد في حقهم ولا ينتقض في حق غيرهم لان فعلهم لا يلزم غيرهم وان لم يكن لهم منعة
لم يكن نقضا للعهد قال والمرتدين بلا مال اي يصالح المرتدين بلا اخذ مال منهم فجاز تأخير القتال
طمعا فيه اذا كان في التأخير مصلحة للمسلمين كما في اهل الحرب وانما لم يؤخذ منهم المال لانه يشبه الجزية لان
كلا منهما ترك القتال بالمال غير ان الجزية مؤبدة وهذا موقت وهم لا يقبل منهم الجزية فكذا اخذ مال
فان اخذ لم يرده اي ان اخذ المال منهم على الصلح لا يرده عليهم لان اموالهم غير معصومة فجاز اخذها ابتداء
بغير رضاهم وعلى هذا اذا طلب اهل البغي الموادعة اجيبوا اليها ان كان فيه مصلحة لاهل العدل ولا يؤخذ منهم
شيء لانه لا يجوز وضع الجزية عليهم واموالهم معصومة قال ولم يبع سلاحا منهم اي من اهل الحرب لانه عليه السلام
نهى عن ذلك ولان فيه تقوية لهم وتحريضهم وكذا الكراع والحديد لما فيه من تقويتهم على الحرب لان الحديد اصل
السلاح وكذا بعد الصلح لانه على شرف النقض او الانقضاء الى التحقيق لانهم يعودون عندهم فيعودون حربا
علينا ولا فرق بين ان يكون مسلما او ذميا او مستأمنا لما ذكرنا ثم ما يمنع المسلم يمنع المستأمن ايضا منهم ان يدخله دارهم
لما ذكرنا وان خرج هو بشيء مما ذكرنا فلا يمنع من الرجوع به الا اذا اسلم العبد وان بادل شيئا مما ذكرنا بالجنسية
لا يمنع من الدخول به الا اذا كان خيرا منه وان باعه بدراهم ثم اشترى غيره يمنع مطلقا ولا يمنع من ادخال
الطعام والقماش والقياس
ان يمنع لان فيهم تقويتهم الا ان
تركناه لما روي عنه عليه السلام امر ثمامة
ان يمير اهل مكة قال ولا يقتل
من امنه حر او حرة لان امان واحد
من المسلمين يصح اذا كان واحدا
او جماعة صحيح لقوله صلى الله عليه وسلم
ذمة المسلمين واحدة يسعى بها ادناهم
ورواه احمد الذمة العهد وادناهم
اي اقلهم عددا وهو الواحد فانه
يتولى العهد المؤبد والموقت
وقال عليه الصلاة والسلام

ترك الجهاد

وكذا صح

ان المرأة لتأخذ للقوم اي تجير رواه احمد والترمذي وقال حديث حسن غريب واجاز عليه الصلاة
والسلام امان ام هانئ رجلا من المشركين يوم فتح مكة فيما رواه مسلم والبخاري واحمد ولان الواحد من اهل
القتال بنفسه وماله اي يقاتل بماله ومن اهل منعة الاسلام فيخافونه فينفذ امانه في حقه لولايته على نفسه ثم يتعدى
الى غيره ضرورة عدم التجزي لكون سببه لا يتجزى وهو الاسلام فصار كولاية التزويج بيان انه لا يتجزى ان العصمة
من القتل وحرمة الاسترقاق والاستغنام لا يتصور ان يثبت في بعض شخص دون بعضه وما لا يتجزى لا يثبت الا
كاملا فيثبت في الكل في حق الكل لانه لمصلحة الكل فيقوم الواحد مقام الكل لتعذر اجتماع الكل وشرط ان يكون العاقد
حتى ان الدحيف ليس من اهل الجهاد فلا يخاف فلم تحصل له الامنة منه حتى يتعدى الى غيره **قال** وينبذ لو شرا
اي ينبذ الامام امان الواحد اذا كان شرا رعاية لمصالح المسلمين واحترازا عن الغدر وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم
لكل غادر لواء يوم القيامة يعرف به رواه احمد والبخاري ومسلم ويؤدبه الامام لانفراده برايه بخلاف ما اذا كان فيه
مصلحة لانه ربما يفوت بالتاخير فيعذر **قال** وبطل امان ذمي لانه متهم بهم وكذا لا ولاية له على المسلم
ولم يوجد منه سبب الامان ايضا وهو الايمان الا اذا امره امير العسكر ان يؤمنهم فيجوز امانه لذلك
المعتبر براي المسلم **قال** والاسير وتاجر لانهما مقهوران تحت ايديهم فلا يخافونهما والامان يكون
من الخوف ولانهما يجبران عليه فيعرى الامان عن المصلحة ولو جاز مثل هذا لتخلصوا بامانه كلما اشتد
عليهم الامر فيؤدي الى سد باب الفتح وكذا امان المسلم الذي اسلم في دارهم ولم يهاجر الينا وكذا لو دخل
مسلم في عسكر اهل الحرب في دار الاسلام وامنهم لا يصح امانه لانه مقهور بمنعتهم فلا يصح الا اذا امنهم من
يقاربهم بخلاف ما اذا امن عشرين او نحوهم في دار الاسلام حيث يجوز امانه لان الواحد وان كان مقهورا باعتبار
نفسه حيث لا يقاربهم لكنه قاهر ممتنع بقوة المسلمين اذ هم لا يمتنعون عن جماعة المسلمين فكان قاهرا
لهم حكما بخلاف الجيش فانهم ممتنعون فلا يكون في قهرهم حقيقة ولا حكما الا ترى ان قوما من اهل الحرب
لو دخلوا دارنا بغير امان كانوا فيئا ولو دخل جيش عظيم منهم فقاتلهم قوم من المسلمين حتى قهروهم كانوا لهم
خاصة لعدم صيرورتهم مقهورين بحصولهم في دار الاسلام وعلى هذا التفصيل لو اخذ جيشهم تاجرا من دار الحرب الى دار
الاسلام او في دار الحرب الى عسكر المسلمين لانهم يخرجون بمنعتهم اذا كان جيشا عظيما والا كان فيئا والامان فلا
يعود بعد دخولهم **قال** وعبد محجور اي لا يجوز امان عبد محجور عليه عن القتال وقال محمد والشافعي يجوز
امانه وابو يوسف مع محمد فيما ذكره الكرخي ومع ابي حنيفة فيما ذكره الطحاوي لمحمد والشافعي ما رويناه من قوله عليه
الصلاة والسلام ذمة المسلمين واحدة يسعى بها ادناهم اي اقلهم حالا وهو العبد ولانه مؤمن من اهل القتال
فيخافونه فيكون اهلا للامان كالماذون له في القتال وهذا لان الاذن تاثيره في دفع المانع لا في اثبات الاهلية لمن
ليس باهل واهلية هذا التصرف بالايمان والامتناع ولهذا لو عقد معهم عقد الذمة جاز فما قلنا هذا بل اولى

اذا باشر القتال [illegible] ازالة الخوف ومن لم [illegible] ان الامان [illegible]

لا يخافونه فكيف يصح امانه ولانه نوع جهاد فلا يملكه الا من يباشره فيختص بالمجاهد فيمنع كيلا
ينسد عليهم باب الفتح بخلاف العبد الماذون له في القتال لانه عالم بوجوه الجهاد فيخافونه لمباشرته
القتال وبخلاف المرأة لانها من اهل الجهاد بمالها وكذا بنفسها حتى تخرج لتعمل عملا يليق بحالها وذلك جهاد
فيها فيحصل الخوف منها وبخلاف عقد الذمة لانه خلف عن الاسلام فهو بمنزلة الدعوة اليه ولانه مقابل
بالجزية فيكون نفعه ظاهرا ولانه فرض عليهم عند طلبهم ذلك واسقاط الفرض نفع محض فلا يتقيد بها
وكامن صبي لا يعقل لا يصح كالمجنون وان كان يعقل وهو محجور عليه فعلى الخلاف وان كان له في
القتال فالاصح انه يصح بالاتفاق ومختلط العقل الذي يعقل الاسلام ويصفه بمنزلة الصبي الذي
يعقل فيما ذكرنا والله تعالى اعلم

باب الغنائم وقسمتها

قال رحمه الله فافتتح الامام
عنوة قسم بيننا او اقر اهلها ووضع الجزية والخراج يعني اذا افتتح الامام بلدة قهرا فهو بالخيار ان
شاء قسمها بين الغانمين يعني بعد اخراج الخمس كما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم بخيبر وان شاء
اقر اهلها عليها ووضع عليهم الجزية وعلى اراضيهم الخراج كما فعل عمر رضي الله عنه بسواد العراق بموافقة
الصحابة رضي الله عنهم اجمعين ولم يجد من خالفه من الصحابة وغيرهم رضي الله عنهم اجمعين وقال عمر رضي الله عنه اما و
الذي نفسي بيده لولا ان اترك اخر الناس ببانا ليس لهم من شيء ما فتحت علي قرية الا قسمتها كما قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم
خيبر ولكني اتركها خزانة لهم يقتسمونها رواه البخاري وقيل الاولى هو الاول عند حاجة الغانمين والثاني
عند عدم الحاجة ليكون عدة للنوائب وهذا في العقار واما المنقول وحده فلا يجوز المن به عليهم لانه لم يرد
في الشرع ولانه لا يدوم بل ينقطع والجواز باعتبار الدوام نظرا لهم ولمن يجيء بعدهم ولهذا لا يجوز بالرقاب
وحدها بدون الارض لانه ينقطع بالموت والاسلام تبعا وانما يجوز تبعا للاراضي كيلا يشتغلوا بالزراعة عن الجهاد
ثم اذا من عليهم بالرقاب والاراضي يدفع اليهم من المنقول قدر ما يتهيأ به العمل لهم لان عمر رضي الله عنه ترك لهم ذلك و
هو المقدرة في الباب ولا منفعة بالزراعة وهم لا يقدرون على الزراعة الا بالتها فيكره ان يكلفهم بها دون الالة
وقال الشافعي لا يجوز المن عليهم بالاراضي بل يقسمها بين الغانمين لانهم ملكوها بالاستيلاء فلا يجوز ابطال
ملكهم او صرفهم عنها الا ببدل يعدله والخراج لا يعدله لقلته بخلاف المن على الرقاب لان للامام ان يبطل حقهم بالقتل
اصلا ففي العوض القليل اولى وهذا لان الادمي خلق باصل الخلقة حرا والرق عارض بمشيئة الامام بعد الاسر فله
ان يتركهم على اصل الحرية **ولنا** ما رويناه من اجماع الصحابة رضي الله عنهم وفتح رسول الله صلى الله عليه وسلم مكة عنوة ومن بها
على اهلها ولم يقسمها بين الغانمين والدليل على انها فتحت عنوة قول ابي هريرة فانطلقنا فما يشاء احد منا ان يقتل
منهم ما شاء الا قتله فقال عليه الصلاة والسلام لما اشتد عليهم القتل من اغلق بابه فهو امن ومن دخل دار ابي سفيان
فهو امن كل ذلك رواه احمد ومسلم واجارة ام هانئ رجلا قد اراد علي قتله فمنعته فاخبرت بذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم

فقال قد اجرنا من اجرت يا ام هانئ رواه احمد والبخاري [illegible] **قال** [illegible]

بالخيار في الاسارى ان شاء قتلهم كما قتل رسول الله صلى الله عليه وسلم بني قريظة تقتل مقاتلهم واسترق ذراريهم
وفيه حسم مادة الفساد وان شاء استرقهم لان فيه توفير المنفعة للمسلمين مع دفع شرهم وقد انعقد الاجماع على جوازه
الا مشركي العرب والمرتدين لما عرف في موضعه وان شاء تركهم احرارا ذمة للمسلمين كما فعل عمر رضي الله عنه على ما بينا
وشرهم قد اندفع بذلك مع توفير المنفعة لهم كالاسترقاق الا مشركي العرب والمرتدين على ما بينت ان شاء الله تعالى وليس
له فيمن اسلم منهم الا الاسترقاق لان قتله او وضع الجزية عليه بعد اسلامه لا يجوز **قال** وحرم ردهم الى دار الحرب
والفداء او المن لان في ذلك كله تقويتهم على المسلمين وعودهم حربا علينا ودفع شرهم خير من انقاذ المسلم لان
بقاءه في ايديهم عيب مضاف الينا وتقويتهم بدفع اسيرهم مضاف الينا فيحرم وعن ابي حنيفة انه لا باس بان
يفادي بهم اسارى المسلمين وهو قول محمد لان تخليص المسلم من ايديهم واجب ولا يتوصل اليه الا به وليس فيه
اكثر من ترك قتل اسارى الكفار وذلك جائز بدون هذا الا ترى ان للامام ان يتركه ويضع عليهم الجزية على ما بينا
ومنفعة تخليص المسلم اولى من استرقاقهم او جعلهم ذمة وقد روي انه عليه الصلاة والسلام فادى بهم اسارى المسلمين
وذكر في السير الكبير ان هذا هو اظهر الروايتين عن ابي حنيفة وقال ابو يوسف يجوز ذلك قبل القسمة لا بعدها
لان الثابت بعد القسمة حقيقة الملك وانما الثابت فيه حق الملك فلا يمنع الامام من التصرف فيه ولو اسلم الاسير لا
يفادي به لعدم الفائدة الا اذا طابت به نفسه وهو مأمون عليه واما المفاداة بالمال فلا يجوز عند عدم الحاجة الى المال
وان احتاجوا اليه جاز وقال الشافعي يجوز مطلقا وكذا المفاداة اسرائهم باسارى المسلمين يجوز عنده لقوله تعالى
فشدوا الوثاق فاما منا بعد واما فداء واخذ عليه الصلاة والسلام من المشركين يوم بدر فداء اعز انفسهم **قلنا** نسخ
ذلك كله باية السيف لان المن والفداء مذكور في سورة محمد وهي مكية واية السيف براءة من الله وهي اخر سورة
نزلت وعوتب عليه الصلاة والسلام على الاخذ يوم بدر بقوله تعالى لولا كتاب من الله سبق لمسكم الاية فجلس هو
عليه الصلاة والسلام وابو بكر يبكيان وقال عليه السلام لو انزل من السماء عذاب لما نجا منه الا عمر وكان قد اشار بقتلهم
دون اخذ الفداء منهم **قال** وعقر مواش شق اخراجها فتذبح وتحرق يعني يحرم عقر المواشي في دار الحرب اذا
تعذر اخراجها الى دار الاسلام بل تحرق وتذبح وقال الشافعي تترك في دار الحرب لانه عليه الصلاة والسلام نهى عن ذبح
الشاة الا لماكلها **ولنا** ان ذبح الانعام جائز لغرض صحيح ولا غرض اصح من كسر شوكتهم والحاق الغيظ بهم ثم تحرق كيلا ينتفعوا
باللحم كما تحرق بيوتهم وتقطع اشجارهم وتقلع زروعهم ولا تحرق قبل الذبح لانه منهي عنه ولا تعقر لانه مثلة وتحرق الاسلحة
وما لا يحترق منها يدفن في مكان لا يقفون عليه كيلا ينتفعوا بها وان تعذر عليهم نقل السبي تقتل الرجال منهم وتخلى
الذراري في مضيعة حتى يموتوا جوعا وعطشا كيلا يعود نصرهم علينا بالتوالد **قال** وقسمة غنيمة في دارهم لا للايداع
اي حرم قسمة الغنيمة في دار الحرب بغير ايداع وقال الشافعي يجوز قسمتها في دار الحرب بعد استقرار الهزيمة وهذا بناء على ان الملك
لا يثبت قبل الاحراز بدار الاسلام عندنا وان واحدا من الغانمين وعنده يثبت ثم يبنى على هذا الاصل مسائل منها اذا لحقهم
مدد قبل الاحراز بالدار
لا يشاركهم عنده وعندنا
يشاركونهم ومنها اذا مات واحد من
الغانمين لو وطئ امة من السبي
تولدت فادعاه يثبت نسبه عنده
وصارت ام ولد له وعندنا
لا يثبت لعدم الملك ويجب العقر
وتقسم الامة والولد والعقر بين
الغانمين ومنها جواز بيعهم
فعنده يجوز وعندنا لا ومنها
اذا مات واحد قبل الاحراز
بالدار يورث نصيبه عنده
وعندنا لا يورث ومنها ما لو اتلف
واحد من الغزاة شيئا
من الغنيمة لا يضمن
عندنا

وعنده يضمن ومنها ما لو قسم الامام الغنيمة لا عن اجتهاد ولا لحاجة الغزاة لا يصح عندنا وعنده يصح **له** ان النبي صلى الله
عليه وسلم قسم غنايم خيبر فيها وغنايم بني المصطلق فيها ولان سبب الملك قد تم وهو الاستيلاء على مباح فيترتب عليه موجبه
كالاصطياد والاحتطاب **ولنا** انه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الغنيمة في دار الحرب والقسمة فيها معنى البيع لاشتمالها على
المبادلة ايضا معنى والبيع ايضا على الخلاف فيكون حجة عليه فيه وفي القسمة دلالة لان فيه قطع حق المدد فلا يشرع كيلا
ينقطع دواعي الغوث ولان الاستيلاء يكون باثبات اليد والنقل ولم يوجد النقل لقدرتهم على الاستنقاذ ظاهرا
اذ الفيء لهم في دار الحرب فصار كما لو قسم قبل الهزيمة وتأويل ما رواه وما روي محمول على انه عليه الصلاة والسلام
فتح تلك البلاد وصارت دار الاسلام ولا خلاف فيه وانما الخلاف فيما اذا لم تصر دار الاسلام ثم هي لا تحق عندهما
وعند محمد تكره كراهية تنزيه وعند الشافعي لا تكره فتترتب الاحكام عليها عندهما وعندنا لا تترتب وقيل
جاز بالاتفاق لانه فصل مجتهد فيه وقد امضاه وقيل اذا قسم عن اجتهاد جاز بالاتفاق وان قسم لا عن
اجتهاد فهو موضع الخلاف وقوله لا للايداع دليل ان القسمة للايداع جائزة وصورتها ان لا يكون للامام
من بيت المال حمولة تحمل عليها الغنايم فيقسمها بين الغانمين قسمة ايداع ليحملوها الى دار الاسلام فيعيدها
منهم فيقسمها فان ابوا ان يحملوها اجبرهم على ذلك باجر المثل في رواية السير الكبير لانه دفع ضرر عام بتحميل
ضرر خاص كما لو استاجر دابة شهرا فمضت المدة في المفازة او استاجر سفينة فمضت المدة في وسط
البحر فانه ينعقد عليها اجارة اخرى باجر المثل ولا يجبرهم في رواية السير الكبير لانه لا يجبر على عقد
الاجارة ابتداء كما اذا نفقت دابته في المفازة ومع رفيقه دابة فانه لا يجبر على الاجارة بخلاف ما استشهد به
فانه بناء وليس بابتداء وهو اسهل منه ولو كان في بيت المال او في الغنيمة حمولة حمل عليها لان الكل مالهم
قال وبيعها قبلها اي حرم بيع الغنايم قبل القسمة لقوله عليه الصلاة والسلام لا يحل لامرئ يؤمن بالله
واليوم الاخر ان يبتاع مغنما حتى يقسم ولا ان يلبس ثوبا من فيء المسلمين حتى اذا اخلقه رده فيه ولا ان يركب
دابة من فيء المسلمين حتى اذا اعجفها ردها رواه احمد وابو داود ولانه قبل الاحراز بالدار لم يملكه على ما بينا
وبعد الاحراز بها نصيبه مجهول فلا يمكنه ان يبيع **قال** ويشترك الردء والمدد فيها اي في الغنيمة اما الردء
فلتحقق سبب الاستحقاق وهو المجاوزة على قصد القتال ولهذا يعتبر كونه فارسا او راجلا عندهما وعند الشافعي
نفس شهود الوقعة وقد تحقق واما المدد فلان سبب الملك هو القهر وتمام القهر بالاحراز وقد شاركهم
في هذا المعنى لانه بالمدد ينقطع طمعهم من الاستنقاذ وفيه تحريض المؤمنين على الامداد بالتعاون على قهر العدو و
التلاحق وقد قال تعالى حرض المؤمنين وفي عكسه عكسه من التقاعد وعدم التناصر فيؤدي الى خذلانهم فلا يجوز وفيه خلاف
الشافعي اذا لحقهم بعد انقضاء القتال وتقرر الهزيمة بناء على اصله ان الغنيمة تملك بالاخذ واستقرار الهزيمة وعندنا
تملك باحدى امور ثلاثة بالاحراز بالدار على ما ذكرنا او بوجود الاستيلاء فيها صورة ومعنى او بالقسمة وهو الذي
لا يحصل به الاحراز
الملك فيها او بالبيع لان
فاذا بيعت ملكها مشتريها
فالحكم به حكم باستقراره
قال لا لسوقي بلا
قتال اي لا يستحق اهل سوق
العسكر من الغنيمة الا ان
يقاتلوا لقول الشافعي
سهم لهم لانهم شهدوا الوقعة
وقال عليه السلام الغنيمة لمن
شهد الوقعة ولانه للجهاد
خرج منهم معنى تكثير
السواد فصاروا كالمقاتلين

هي السنة عندنا
لا تصفية القتال

٢٢٤

ولنا ان سبب الاستحقاق المجاوزة على قصد القتال ولم يوجد لانهم قصدوا التجارة لا اعزاز الدين وارهاب العدو
فكان تاجرا لم يستحق السهم لانه بالمباشرة ظهر ان قصدهم القتال والتجارة تبع له فلا يضره كالحاج اذا اتجر في
طريق الحج لا ينقص اجره وما رواه موقوف على ابن عمر رضي الله عنه او هو محمول على انه شهدها على قصد القتال قال
ولا حق لمن مات فيها بعد الاحراز بدارنا يورث نصيبه اي لا يستحق من مات في دار الحرب من الغنيمة ومراده اذا مات
قبل ان تخرج الغنيمة الى دار الاسلام وبعد الاخراج يورث نصيبه لان الارث يجري في الملك ولا ملك قبله بخلاف ما بعده
على ما بيناه من قبل وعند الشافعي يورث اذا مات بعد الاستقرار بالهزيمة لثبوت الملك به عنده على ما بيناه قال
وينتفع فيها بعلف وطعام وحطب وسلاح ودهن بلا قسمة لما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما انه قال كنا نصيب في مغازينا
العسل والعنب فنأكله ولا نرفعه رواه البخاري هذا دليل على ان عادتهم الانتفاع بما يحتاجون اليه وقال ابن عمر ان جيشا
غنموا في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم طعاما وعسلا فلم يؤخذ منهم الخمس رواه ابو داود وهذا يؤيد ما ذكرنا وهو محمول
على انه لم يفضل منهم وعن عبد الله بن المغفل قال اصبت جرابا من شحم يوم خيبر فالتزمته فقلت لا اعطي اليوم احدا من
هذا شيئا فاذا رسول الله صلى الله عليه وسلم متبسما رواه احمد ومسلم وابو داود والنسائي وهذا اقوى حيث لم يامره عليه الصلاة والسلام
برده في الغنيمة وعن ابن ابي اوفى قال اصبنا طعاما يوم خيبر فكان الرجل يجيء فيأخذ منه مقدار ما يكفيه ثم ينطلق
رواه ابو داود ولم يقيده باباحة الانتفاع هنا بالحاجة وهو رواية السير الكبير وقيدها بها في السير الصغير لانه مال مشترك
بين الجماعة فلم يبح الانتفاع به للحاجة كالثياب والدواب وجه الاولى الاطلاق ما رويناه ولان الحكم يدور على دليل الحاجة
وهو كونه في دار الحرب اذ هو لا يقدر ان يستصحب ما يكفيه من الطعام والعلف غالبا فلو لم يبح لهم التناول لضاق
عليهم الامر بخلاف السلاح والدواب لانه يستصحبه غالبا فانعدم دليل الحاجة حتى لو تحققت الحاجة اليه جاز له التناول
ايضا فيتعلق الاطلاق بحقيقة الحاجة فيهما ثم يرد الى المغنم اذا استغنى عنه ولا فرق في الطعام بين ان يكون مهيأ للاكل
وبين ان لا يكون مهيأ له حتى يجوز لهم ذبح المواشي من البقر والغنم والجزور ويرد دون جلودها في الغنيمة ذكره في
السير الكبير في الجزور وكذا اكل الحبوب والسكر والفواكه الرطبة واليابسة والسمن والزيت وكل شيء هو مأكول عادة
وهذا الاطلاق في حق من له سهم في الغنيمة او من يرضخ له منها غنيا كان او فقيرا ويطعم من معه من الاولاد والنساء
والمماليك وكذلك المدد لان له سهما فيها ولا يطعم الاجير ولا التاجر الا ان يكون خبز الحنطة او طبخ اللحم فلا باس
به حينئذ لانه ملكه بالاستهلاك وما لا يؤكل عادة لا يجوز له ان يتناوله مثل الادوية والطيب ودهن البنفسج وما اشبه
ذلك لقوله صلى الله عليه وسلم ردوا الخيط والمخيط ولان هذه الاشياء لا تؤكل عادة ولا تستعمل في الحاجة الاصلية بل للزينة
ويستعملون الحطب والطيب يعني عند الحاجة ويوقحون الدواب اذا احتاجوا اليها قال ولا يبيعها لما بينا من قبل
ولانه لا يملكه بالاخذ وانما ابيح له التناول للضرورة والمباح له لا يملك البيع وان باعه احدهم رد الثمن الى المغنم ولا
يجوز له الانتفاع بالسلاح والدواب والثياب والمتاع لغير حاجة لصيانة سلاحه ودابته وغير ذلك لانه مال مشترك
قال وبعد الخروج منها
وكذا ذكر من فضولهم الحاجة
حاجتهم للوطي او للخدمة
وان احتاجوا اليه لان
النبي عليه السلام
عند الحاجة وهذا بخلاف
او لا فلا يعارض المحقق
فقيل ايضا لا يرتد استحق
مراعاة حق المدد وهو
حقهم عند حاجتهم اقوى من
فيجب المنع للضرورة ومراعاة
اليه كان له لان الغانمين
قسم الامام بينهم اذا احتاجوا
بها بالحاجة والاولى ان
يستهلكوا حقوق الانتفاع

١٢٥

لا اي بعد الخروج من دار الحرب لا ينتفعون بالغنيمة لزوال المبيح وهي الضرورة ولان حقهم قد تأكد حتى يورث
نصيبه فلا يجوز الانتفاع به بدون رضاهم قال وما فضل رده اي الغنيمة اي الذي فضل في يده من الذي
كان اخذه قبل الخروج من دار الحرب لينتفع به رده الى الغنيمة بعد الخروج الى دار الاسلام لزوال الحاجة والاباحة باعتبارها
وهذا قبل القسمة وبعدها ان كان غنيا تصدق بعينه ان كان قائما وبقيمته ان كان هالكا والفقير ينتفع بالعين
ولا شيء عليه ان هلك لانه لما تعذر الرد صار في حكم اللقطة قال ومن اسلم منهم احرز نفسه وطفله اي من
اسلم من اهل الحرب في دار الحرب احرز باسلامه نفسه واولاده الصغار لوجود العاصم وهو الاسلام فلا يجوز
قتله ولا استرقاقه لانهما جزاء الكفر ابتداء او لدفع الشر والمسلم لا يبتدأ بالرق وقد اندفع شره بالاسلام
لا يبتدأ بالرق وقد اندفع شره بالاسلام واولاده الصغار تبعا له فيلحقون به هذا اذا اسلم قبل ان يأخذه المسلمون
وان اسلم بعده فهو عبد لانه اسلم بعد انعقاد سبب الملك فيه فلا يندفع بالاسلام حقيقة الملك فيه وكذا لو
اسلم بعد ما اخذ اولاده الصغار وماله ولم يؤخذ هو حتى اسلم احرز باسلامه نفسه فحسب لانعقاد السبب
في غيره قال وكل مال معه لقوله صلى الله عليه وسلم امرت ان اقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله فاذا قالوها
عصموا مني دماءهم واموالهم وقال عليه الصلاة والسلام لصخر يا صخر ان القوم اذا اسلموا احرزوا اموالهم و
دماءهم ولان يده المحقة لسبقت اليه يد الظاهرين فكانت اولى قال او وديعة عند مسلم او ذمي لانه في
يده حكما اذ يد المودع كيد المودع لانه عامل له في الحفظ وهي محترمة صحيحة بخلاف ما اذا كانت في ايديهما غصبا
حيث يكون فيئا عند ابي حنيفة لان يده ليست كيد المالك وبخلاف ما اذا كان في يد حربي وديعة او غصبا لان يده
ليست بمحترمة ولا صحيحة حتى جاز لنا التعرض لها قال دون ولده الكبير لانه كافر حربي غير تابع
له في الاسلام وعبده فلا يكون معصوما عن القتل والاستغنام بخلاف اولاده الصغار قال وزوجته وحملها
لانها كافرة حربية غير تابعة له فيسترق وحملها جزء منها فيتبعها في الرق وقال الشافعي لا يكون الحمل
فيئا لانه مسلم تبعا لابيه فلا يبتدأ بالرق كالولد المنفصل قلنا المسلم يسترق تبعا كولد الجارية من غير مولاها
فكان هذا في حق التبع بمنزلة القضاء والاسلام لا ينافي بقاء الرق بخلاف المنفصل لعدم الجزئية قال
وعقاره لانه ليس في يده حقيقة فيكون فيئا وقال الشافعي هو له ولا يكون فيئا لانه في يده كالمنقول ولنا ان العقار
في يد اهل الدار وسلطانها اذ هي من جملة دار الحرب فلم يكن في يده حقيقة وقيل في قول محمد تكون كغيره من الاموال
بناء على ان اليد حقيقة ثبتت عنده في العقار لانه يتصور فيه الغصب عنده وبه كان يقول ابو يوسف اولا ثم
رجع عنه قال وعبده المقاتل لانه لما تمرد على مولاه خرج من يده وصار تبعا لاهل دارهم وما كان غصبا
في يد حربي او وديعة لان يده ليست محترمة وكذلك اذا كان في يد مسلم او ذمي غصبا عند ابي حنيفة وقال محمد
لا يكون فيئا لان المال تابع للنفس وقد صارت معصومة باسلامه فيتبعه ماله فيها ولهما انه مال مباح فيملك
مسلما او ذميا
ومع محمد في الضرب ولو ان
وابو يوسف مع في رواية
فان عند التملك على ما كان
المال لانه خلق عرضة للامتهان
فلهذا لم يتعرض له بخلاف
او قد اندفع بالاسلام
وباعتبار العرض كان لدفع
لم تصر متقومة بالاسلام
في الاصل لكونه مملوكا ولهذا
لا للاسلام بل هي ثم العتق
لم تصر معصومة بالاسلام
بالاسلام يتبعها النفس

دخل دار الحرب بامان فاصاب مالا ثم ظهر المسلمون على الدار فحكمه حكم من اسلم في دارهم في جميع ما ذكرنا الا
في حق مال في يد حربي في رواية ابي سليمان لان العصمة كانت ثابتة لهذا المال تبعا للمالك فلا يزول وفي رواية
ابي حفص يكون فيئا كما ذكرنا وقال الامام رواية ابي سليمان اصح وهذا كله اذا ظهر المسلمون على دارهم واما اذا
اغاروا عليها ولم يظهروا فكذلك الحكم عند محمد وعند ابي حنيفة يصيب جميع ماله فيئا الا نفسه واولاده الصغار
محمد سوى بين الاغارة والظهور لاستوائهما في السببية للملك وابو حنيفة فرق بينهما والفرق انه بالظهور
صارت الدار دار الاسلام فكانت يده على ماله في يده ثابتة حقيقة وحكما باعتبار منعة المسلمين ويد المسلم يد
محترمة فلا يجوز ابطالها واما بالاغارة فلم تصر دار الاسلام فلم تصر يده على المنقول ثابتة حكما
لان يد اهل الحرب ثابتة حافظة لاشتمالها على الدار باعتبار المنعة والشوكة ولهذا لا تصير الغنيمة ملكا
للغانمين في دار الحرب والعصمة انما تثبت باعتبار اليد حقيقة وحكما ولم توجد فبقيت على اصل الاباحة

فصل في كيفية القسمة

وحكم من اسلم في دار الحرب وضح الينا على هذا التفصيل فكذا في المحيط
تجب على الامام ان يقسم الغنيمة ويخرج خمسها لقوله تعالى فان لله خمسه ويقسم اربعة الاخماس على الغانمين
للنصوص الواردة فيه وعليه اجماع المسلمين قال للراجل سهم وللفارس سهمان عند ابي حنيفة
وقالا للفارس ثلاثة اسهم وبه اخذ الشافعي لقول ابن عمر رضي الله عنه انه عليه الصلاة والسلام ~~اعطى الفارس~~ سهم
للفارس ثلاثة اسهم وللراجل سهما رواه الجماعة ولان استحقاقه بالعناء وعناؤه على ثلاثة امثال الراجل
لانه للكر والفر والثبات والراجل للثبات لا غير ولابي حنيفة رضي الله عنه قول مجمع بن حارثة شهدت خيبر
الى ان قال عليه الصلاة والسلام اعطى الفارس سهمين والراجل سهما رواه احمد وابو داود ولان الكر والفر
من جنس واحد اذ الفر ليس بمستحسن لنفسه وانما استحسن لاجل الكر فيكون عناؤه مثل عناء الراجل
فيفضل عليه بسهم ولان مقدار الزيادة لا يوقف عليه حقيقة فيدار الحكم على سبب ظاهر وهو الفارس والفرس
مع انا نمنع ان زيادة العناء يستحق به الزيادة على ما ذكرنا الا ترى ان الشاكي بالسلاح اكثر عناء من الاعزل
ومع هذا لا يستحق الزيادة ولان الفرس تبع فلا يزيد سهمه على الاصيل وما رواه محمول على التنفيل كما
روي انه عليه الصلاة والسلام اعطى سلمة بن الاكوع سهم الفارس والراجل رواه احمد ومسلم بمعناه
وهو كان راجلا اجيرا لطلحة والاجير لا يستحق سهما من الغنيمة وانما اعطاه رضخا لحسن في القتال الى
قال ولا يسهم الا لفرس واحد وقال ابو يوسف يسهم لفرسين ولقوله خير فرساننا قتادة
وقال هو خير رجالنا سلمة بن الاكوع وخير فرساننا قتادة فرسين او الكتف قال ابو يوسف يسهم لفرسين
الا سهمان معناه انه لا يسهم الا لفرس واحد فاذا قاد فرسين او الكتف قال ابو يوسف يسهم لفرسين
لانه عليه الصلاة والسلام اعطى الزبير خمسة اسهم ولانه يحتاج في القتال الى فرسين وربما يعي الواحد
فيحتاج الى الاخر ولهما ان النبي عليه السلام لم يسهم يوم خيبر لصاحب الافراس الا لفرس واحد
ولانه يستحق السهم بالارهاب عند مجاوزة الدار باعتبار ما يؤول اليه امرهم من القتال معه فارسا او راجلا والقتال لا يتصور الا بفرس واحد فيسهم له لا غير ولهذا لا يسهم لثلاثة والكتف بالاتفاق والصحيح رواية الزبير انه عليه الصلاة والسلام

اعطاه

اربعة اسهم سهما له وسهما لامه صفية وسهمين لفرسه رواه احمد ولا يلزم حجة ولان صح فهو
محمول على التنفيل على نحو ما ذكرنا من حكاية ابن الاكوع والذي يدل لنا عليه انه ليس فيه انه قاد فرسين
قال والبراذين كالعتاق لان الارهاب هو السبب وذلك باسم الخيل قال الله تعالى ومن رباط
الخيل ترهبون به عدو الله وهو يتناولهما والهجين والمقرف ولان العتاق وان كان اقوى في الجري في
الكر دون الصبر والبرذون عطفا ففي كل واحد منهما منفعة مقصودة فاستويا واهل الشام لا يسهمون
للبراذين والحجة عليهم ما تلونا وما ذكرنا من المعنى قال لا للراحلة والبغل اي لا تكون الراحلة والبغل
كالعتاق حتى لا يسهم لهما لان الارهاب لا يقع بهما اذ لا يقاتل عليهما قال والعبرة تكون للفارس
والراجل عند المجاوزة اي يعتبر كونه فارسا او راجلا عند مجاوزة الدار حتى لو دخل دار الحرب فارسا فنفق
فرسه وقاتل راجلا استحق سهم الفارس ولو دخل راجلا واشترى فرسا استحق سهم الراجل وعن ابي
حنيفة انه يستحق سهم الفارس لوجود القتال منه فارسا حقيقة وهو اقوى من التقديري وعند الشافعي
يعتبر كونه فارسا او راجلا حين انقضاء الحرب لانه سبب الاستحقاق اما المجاوزة فوسيلة الى السبب فلا يعتبر
كالخروج من البيت قلنا ان المجاوزة نفسها اقوى الجهاد لان الخوف بها يلحقهم ولهذا الاحتياج الدخول الى
شوكة وجيش عظيم والحال بعدها حال الدوام فلا معتبر بها ولهذا يكتب الامام اسماء الفرسان والرجالة
عندها لا غير ويقول العدو كم دخلوها دخلوها والجهاد يكون بالارهاب كما يكون بالقتل وبه يستحق الفارس
الزيادة لا بالقتل فعلم بذلك ان الارهاب والارعاب اشد عليهم من القتل وهو المقصود بقوله تعالى ترهبون
به عدو الله وبقوله ولا يطؤون موطئا يغيظ الكفار وبه تنكسر همتهم وينكسرون فكانت هذه الحالة اولى بالاعتبار
لحصول المقصود عندها وهو الشرط الا ترى ان احدا لم يشترط بقاء الفرس الى تمام الاستحقاق حتى لو هلك الفرس
بعد استقرار الهزيمة قبل احراز الغنيمة استحق سهم الفارس ولا معنى لما قاله الشافعي لان الوقوف على حقيقة
القتال متعسر الا انه حال التقاء الصفين وللاحكام لا تعلق بمثله ولو دخل فارسا فقاتل راجلا لضيق المكان
استحق سهم الفارس وكذا لو كان في السفينة لتهيئة القتال فارسا وهو كالمباشرة الا ترى ان الردء والمدد
يستحقون به وكذا الجند فيما اصابت السرية ويشترط ان يكون الفرس صالحا للقتال بان يكون صحيحا كبيرا
حتى لو دخل بمهر او مريض لا يستحق سهم الفرسان لانه لا يقصد به القتال وكذا لو باعه او رهنه او اجره او وهبه
بعد المجاوزة في رواية الحسن عن ابي حنيفة باعتبار المجاوزة وفي ظاهر الرواية يستحق سهم الرجالة لان الاقدام
على هذه التصرفات تدل على انه لم يكن من قصده بالمجاوزة القتال فارسا ولو باعه بعد انقضاء الحرب فله سهم
الفرسان وكذا اذا باعه حال القتال عند البعض والاصح انه لا يستحق سهم الفرسان لان بيعه يدل على ان غرضه
التجارة الا انه كان ينتظر عزته ولو دخل على فرس مغصوب او مستعار او مستاجر ثم استرده المالك فقاتل
راجلا استحق سهم الفرسان في رواية اعتبارا للمجاوزة وفي رواية يستحق سهم الرجالة لانه لم ينضم على القتال فارسا حتى لو دخل على هذا الفرس مع علمه ان لصاحبه ان يسترده او ثبت له ان مدة الاجارة تنقضي قال والمملوك والمراة والصبي والذمي الرضخ لا السهم لقول ابن عباس رضي الله عنه ان النبي عليه السلام ... عليه وسلم

كان يغزو بالنساء فيداوين الجرحى ويحذين من الغنيمة واما بسهم فلم يضرب لهن وقال ايضا لم يكن للمرأة
والعبد سهم الا ان يحذيا من غنائم القوم رواهما احمد ومسلم وقال ايضا كان النبي صلى الله عليه وسلم يعطي المرأة والمملوك
من الغنائم دون ما يصيب الجيش ولان الجهاد عبادة والذمي ليس من اهلها والمرأة والصبي عاجزان عنه ولهذا لم يلحقهما
فرضه والعبد لا يمكنه مولاه وله منعه فلم يستحق السهم الكامل لكن يرضخ لهم على قدر ما يراه الامام تحريضا لهم
على القتال وما روي انه عليه الصلاة والسلام اسهم لقوم من اليهود قاتلوا معه وللصبيان فيما رواه الترمذي
والنسائي واحمد وابو داود فمحمول على الرضخ والمكاتب عبد لقيام الرق فيه وتوهم عجزه فيمنعه المولى وانما يرضخ لهم
اذا باشروا القتال او كانت المرأة تداوي الجرحى وتقوم بمصالح المرضى لعجزها عن حقيقة القتال فيكون جهادا عملا
يليق بحالها او دل الذمي على الطريق لان في الدلالة منفعة للمسلمين ولا يبلغ بالرضخ السهم لانهم لا يساوون
الجيش في عمل الجهاد الا في دلالة الذمي فانه يزاد على السهم اذا كانت في دلالته منفعة عظيمة لان الدلالة ليست من (منفعة)
من عمل الجهاد فلا يلزم منه التسوية في الجهاد اذ ما يأخذه في الدلالة بمنزلة الاجرة فيعطى بالغا ما بلغ والاجير لا يسهم
له لانه دخل للخدمة لا مستأجرا للقتال وان ترك الخدمة وقاتل يسهم له فصار كاهل سوق العسكر وان لم يقاتل
فلا شيء له ولا يجمع له اجر ونصيب في الغنيمة قال والخمس لليتامى والمساكين وابن السبيل وقدم ذوو القربى
الفقراء منهم عليهم ولا حق لاغنيائهم اي تقدم الفقراء من ذوي القربى على الطوائف الثلاث وقال الشافعي رحمه الله لذوي
القربى خمس الخمس يستوي فيه فقيرهم وغنيهم ويقسم بينهم للذكر مثل حظ الانثيين ويكون ذلك لبني هاشم وبني
المطلب ولا يكون لغيرهم فحاصله ان الخمس يقسم اثلاثا عندنا وعنده اخماسا سهم لذوي القربى وسهم للنبي عم
يخلفه الامام ويصرفه لمصالح المسلمين والباقي للثلاثة لقوله تعالى فان لله خمسه وللرسول ولذي القربى
وقال صلى الله عليه وسلم يا بني هاشم ان الله كره لكم غسالة ايدي الناس وحرم عليكم الصدقة وعوضكم منها بخمس
الخمس من الغنيمة ولم يفرق في الكتاب ولا في السنة بين الفقير والغني واعطى عليه الصلاة والسلام العباس وقد
كان غنيا ولنا ان الخلفاء الراشدين قسموه على ثلاثة على نحو ما قلنا بمحضر من الصحابة فكان اجماعا وبه تبين ان سهمهم
عليه الصلاة والسلام لم تكن بطريق الحتم وفيه اشارة الى ان الاغنياء منهم لا يستحقون لان العوض انما يثبت في حق
من يثبت في حقه المعوض وهم الفقراء والنبي عليه الصلاة والسلام ما كان يعطيهم الا للنصرة لا للقرابة الا ترى انه عم
علل فقال انهم لم يزالوا معي هكذا في الجاهلية والاسلام وشبك بين اصابعه وتبين بهذا ان المراد بذوي القربى
قرب النصرة لا قرب القرابة ولهذا لا يحرم الزكاة على بعض الهاشمي لعدم النصرة كاولاد ابي لهب ونحو بنيه
في الزكاة تحقيقه انه عليه الصلاة والسلام اعطى بني المطلب ولم يعط بني عبد شمس ولا بني نوفل فجاء عثمان وهو من بني عبد
شمس وجبير بن مطعم وهو من بني نوفل فقالا انا لا ننكر فضل بني هاشم لمكانك الذي وضعك الله تعالى فيهم ولكن نحن
وبنو المطلب في القرابة اليك سواء فما بالك اعطيتهم وحرمتنا فقال انهم لم يزالوا معي هكذا في الجاهلية والاسلام

سقط ذلك لفوات [illegible] والمراد بالنصرة [illegible] بالكلام والمصاحبة [illegible] لابيه فكان اقرب منه اليه [illegible] والمطلب كان اخاه [illegible] ونوفل اخا هاشم [illegible] القرابة [illegible] ولو كان لاجل [illegible] وعبد شمس [illegible]

عليه الصلاة والسلام لعدم تلك العلة وهي النصرة فيستحقونه بالفقر عند الكرخي لانه في معنى الصدقة
حتى كانوا يأخذونه في زمنه عليه الصلاة والسلام وفي قوله تعالى كيلا يكون دولة بين الاغنياء منكم اشارة
اليه وقال الطحاوي سقط نصيب الفقراء ايضا والاول اظهر قال وذكره تعالى للتبرك يعني ما
ذكره الله تعالى في الخمس بقوله تعالى فان لله خمسه لافتتاح الكلام تبركا باسمه تعالى لان الكل له وهو
غير محتاج الى شيء قال وسهم النبي صلى الله عليه وسلم سقط بموته كالصفي لانه عليه الصلاة والسلام
كان يستحقه بالرسالة ولا رسول بعده الا ترى انه كيف اضاف اليه باسم الرسول بقوله وللرسول
وكذا الصفي وهو شيء كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصطفيه لنفسه ويستعين به على امور المسلمين وكانت
صفية من الصفي رواه ابو داود قال وان اخذ ذو منعة دارهم بلا اذن خمس ما اخذوا والا لا
وان لم يكونوا ذوي منعة لا يخمس لان الخمس وظيفة الغنيمة وهي المأخوذة قهرا وغلبة وذلك يحصل
بالمنعة وان لم يكن لهم منعة يكون اخذهم اختلاسا وسرقة لا قهرا وغلبة فلا يخمس وان اخذوا باذن
الامام فالمشهور انه يخمس لانه لما اذن لهم التزم نصرتهم بالامداد فصار كالمنعة بخلاف ما اذا اخذوا
بغير اذنه حيث لا يخمس لانه لا يجب عليه نصرتهم كي لا يلزم وهن المسلمين قال وللامام ان ينفل
بقوله من قتل قتيلا فله سلبه وبقوله للسرية جعلت لكم الربع بعد الخمس لانه تحريض على القتال وهو
مندوب اليه قال الله تعالى يا ايها النبي حرض المؤمنين على القتال وحرض النبي صلى الله عليه وسلم بالتنفيل على
القتال فقال من قتل قتيلا له عليه بينة فله سلبه رواه احمد والبخاري ومسلم ونفل رسول الله صلى الله عليه وسلم
الربع بعد الخمس بعد رجعة رواه احمد وابو داود وكان عليه الصلاة والسلام ينفل في البداية الربع وفي الرجعة
الثلث رواه احمد وابن ماجة والترمذي فكان الزيادة في الرجعة لاجل انهم يملون وقوله بعد الخمس ليس على
سبيل الشرط ظاهرا لانه لو نفل بربع الكل جاز وانما وقع ذلك اتفاقا الا ترى انه لو نفل السرية بالكل جاز
فهذا اولى وقد يكون التنفيل بغير ما ذكر هنا كالدراهم والدنانير او يقول من اخذ شيئا فهو له ويدخل
الامام نفسه في قوله من قتل قتيلا فله سلبه استحسانا لانه ليس من باب القضاء وانما هو من باب استحقاق الغنيمة
ولهذا يدخل فيه كل من يستحق الغنيمة سهما او رضخا فلا يتهم به بخلاف ما اذا قال من قتلته انا فلي سلبه حيث
لا يستحق لانه خص نفسه به فصار متهما وبخلاف ما اذا قال من قتل منكم قتيلا فله سلبه حيث لا يدخل لانه قيد
نفسه منهم ثم انما يستحق السلب بقتله اذا كان المقتول مباحا قتله حتى لا يستحق السلب بقتل النساء والصبيان
والمجانين لان التنفيل تحريض على القتال وانما يتحقق ذلك في المقاتلة حتى لو قاتل الصبي فقتله استحق سلبه لانه
مباح الدم ويستحق بقتل المريض والاجير منهم والتاجر في عسكرهم والذمي الذي نقض العهد وخرج اليهم
لان بنيتهم صالحة للقتال او هم مقاتلون برأيهم ولا ينبغي له ان ينفل بكل المأخوذ وذكر في السير الكبير
اذا قال الامام للعسكر ما اصبتم فهو لكم بعد الخمس او لم يقل بعد الخمس لا يجوز لان المقصود من التنفيل التحريض على القتال وانما يحصل ذلك بالتخصيص للبعض وفيه ابطال تفضيل الفارس على الراجل او ابطال الخمس فلا يجوز قال وينفل بعد الاحراز من الخمس فقط بعد احراز الغنيمة لا يجوز ان ينفل الا

بخلاف ما اذا كان لهم منعة لانه يجب عليه نصرتهم [illegible] كي لا يلزم وهن المسلمين

بدار الاسلام لان الامر للخمس لان حق الغانمين قد تاكد فيه بالاحراز في الدار ولهذا يورث منه لو مات فلا يجوز
ابطال حقهم وليس لهم في الخمس حق فجاز للامام ان ينفل منه فان قيل حق الفقراء ايضا قد تاكد في الخمس فوجب
ان لا يجوز ابطاله كما لا يجوز ابطال حق الغانمين قلنا انما جاز ذلك باعتبار ان المدفوع اليه مصرف بان
كان فقيرا وهذا لان المستحق للخمس فقير غير معين فاذا جاز صرفه الى فقير لم يقاتل فصرفه الى فقير
مقاتل اولى لان فيه مصلحة المسلمين وصرف المال الى المستحق واما اذا كان المدفوع اليه غنيا فلا يجوز لما في هذا
التنفيل من ابطال حق الاصناف الثلاثة **قال** والسلب للكل وان لم ينفل اي السلب لجميع الجند من جملة
الغنيمة اذا لم ينفل به القاتل وقال الشافعي هو للقاتل اذا كان من اهل ان يسهم له وقد قتله مقبلا لما روينا
والظاهر انه نصب شرع لانه بعث له ولان القاتل مقبلا اكثر عناء فيختص بسلبه اظهارا للتفاوت بينه
وبين غيره **ولنا** قوله تعالى واعلموا انما غنمتم من شيء فان لله خمسه وهو غنيمة ولهذا لا يستحقه من لا
يستحق الغنيمة وانما قلنا انه غنيمة لانه ماخوذ بقوة الجيش اذ لولا الجيش لما حصل السلب ولا تعتبر المباشرة
الا ترى ان الردء يستحق الغنيمة بغير مباشرة قتال فتقسم قسمة الغنائم وما رواه محمول على التنفيل فيحمل عليه توفيقا
بينه وبين ما تلونا والذي يدل عليه ما روي عن ابن مسعود رضي الله عنه انه قال انتهيت الى ابي جهل يوم بدر
وهو صريع يذب الناس عنه بسيف له فجعلت اتناوله بسيف لي غير طائل فاصبت يده فندر سيفه فاخذته
فضربته حتى قتلته ثم اتيت النبي صلى الله عليه وسلم فاخبرته فنفلني سلبه رواه احمد ولو كان السلب للقاتل لما احتيج
التنفيل به ويدل عليه ان عادتهم كانت جارية بان السلب كان من جملة الغنيمة وانما قال عليه الصلاة والسلام
من قتل قتيلا له عليه بينة فله سلبه يوم حنين لما اصابهم ما اصابهم فاراد بذلك عليه الصلاة والسلام تحريضهم
على القتال حتى روي ان ابا قتادة لما سمع المقالة طلب سلب قتيله واخذه بعد ما كان تركه واخذ ابو طلحة يومئذ
سلب عشرين رجلا والذي يدل على ما قلنا ان خالد بن الوليد منع رجلا سلب قتيله وكان اميرا عليهم فاخبر النبي
صلى الله عليه وسلم بذلك فقال له لا تعطه ثم قال لا تعطه ولو كان نصب شرع لما وقع ذلك والحديث صحيح رواه مسلم
واحمد ولا يقال لعل هذا متقدم لان عوف بن مالك ذكر انه قال لخالد وهو الراوي للحديث ما علمت ان رسول الله
صلى الله عليه وسلم قضى بالسلب للقاتل قال بلى لكن استكثرته ولو كان نصيبا شرعا لا استحقه وان كثر ولم ينهه عليه الصلاة
والسلام عنه وانما منعه خالد لانه لم ينفلهم به في تلك الغزوة وزيادة القتال لا تعتبر في جنس واحد على ما بينا
من قبل وليس في الحديث ما يدل على انه قتله مقبلا فاشتراطه يكون بزيادة وهو نسخ على ما عرف في موضعه ثم اذا مات
المقتول على فوره فلا اشكال فيه ان سلبه يكون للقاتل وان تاخر موته فان لم تقسم الغنيمة قبل ان يموت فكذلك
وان مات بعد القسمة فلا يستحق من سلبه شيئا لانه بالاحراز تاكد ملك الغانمين فيه وان اختلف القاتل والغانمون
في موته فقال مات قبلها وقالوا هم بعدها فالقول لهم لانهم منكرون ولو اخذه واحد وقتله آخر فالسلب لمن اخذه ولو مات

[illegible] القاتل [illegible] الغنيمة [illegible]
فهو للقاتل والفرق [illegible]
انهم يملكون السلب
بالاخذ فانقطع ملك القاتل
وان لم يشتغلوا منه لم يملكوا منه
قال [illegible]
[illegible] على الدراية [illegible]

من ماله في حقيبته او في وسطه وما عدا ذلك فليس بسلب هكذا ذكره في الهداية وفي المحيط لو قال
لو قال الامير من قتل قتيلا فله فرسه فقتل رجلا راجلا ومع غلامه فرس قائم بجنبه بين الصفين يكون
فرسه للقاتل لان مقصود الامام قتل من كان متمكنا من القتال فارسا وهذا متمكن منه لانه
يمكن بجنبه لانه لا يتمكن الا بالاعراض عن القتال ثم حكم التنفيل قطع حق الباقين عنه فاما الملك فلا يثبت
له حتى يحرز بدار الاسلام لما بينا من قبل حتى لو قال الامام من اصاب جارية فهي له فاصابها رجل واستبراها
لا يحل له وطؤها ولا بيعها وكذا لو اتلف السلب غيره من الغزاة بعد ما اخذه لا يجب عليه ضمانه وفيه خلاف محمد
بناء على ان الملك يثبت بنفس التنفيل عنده لانه اختص به كالمسلم اذا اشترى جارية في دار الحرب تحل له
وطؤها بعد الاستبراء فكذا هذا بخلاف المتلصص اذا اخذ جارية في دار الحرب واستبراها حيث لا يجوز
له وطؤها لانه لم يملكها لعدم الاختصاص بها حتى لو لحقه جيش المسلمين في دار الحرب شاركوه فيها وعندهما
لا يثبت الملك الا بالقهر ولا يتم القهر الا بالاحراز كملك الغنيمة في حق الجيش لانه قبل الاحراز قاهر
يدا مقهور دارا فيكون السبب ثابتا من وجه دون وجه ولا اثر للتنفيل في اتمام القهر وانما اثره في
افادة التخصيص وقطع الشركة فاما السبب للملك بعد التنفيل فهو الذي كان سببا قبله فاشبه المتلصص
من هذا الوجه بخلاف الجارية المشتراة في دار الحرب لان السبب فيها العقد والقبض والله تعالى اعلم

باب استيلاء الكفار

قال سبى الترك الروم واخذوا اموالهم
ملكوها لان الاستيلاء في المباح سبب الملك وقد تحقق لان الكلام في كافر استولى على كافر آخر
او على ماله في دار الحرب لان الكافر يملك بمباشرة سبب الملك كالاحتطاب والاصطياد والشراء ونحو
ذلك وكذا بهذا السبب كالمسلم بل اولى لان الدنيا لهم والكفار بعضهم يستحل دماء بعض واموالهم
عند اختلاف الملك والملك فوجب ان يملكوهم بالاستيلاء كما يملك المسلم به **قال** وملكنا ما نجده
من ذلك ان غلبنا عليهم اي من الذي سبوه من الروم واخذوه من اموالهم لانه لما ملكوهم واموالهم
التحق بسائر اموالهم فكما نملك عليهم سائر اموالهم نملك هذا المال **قال** وان غلبوا على اموالنا
والعياذ بالله واحرزوها بدارهم ملكوها وقال الشافعي رض لا يملكوها لان استيلاء الكفار محظور ابتداء
وحين احرزوها بدارهم لوروده على مال معصوم والمحظور لا يصلح سببا للملك لانه حكم مشروع فيستدعي
سببا مشروعا والمحظور ليس بمشروع ولان الملك نعمة والنعمة لا تناط بالمحظور فصار كاستيلاء المسلم
على المسلم وكاستيلائهم على رقابنا ولا يقال ليسوا بمخاطبين فكيف تثبت الحرمة في حقهم كالمسلم **ولنا**
ان العصمة في الاموال تثبت على منافاة الدليل والاصل فيه الحل فلا يكون معصوما لقوله تعالى الذي
خلق لكم ما في الارض جميعا الا ان العصمة ثبتت لمن اختص به بسبب من الاسباب كالشراء ونحوه ضرورة
تمكنه من الانتفاع به
فاذا زالت المكنة
بسبب احرازهم بدارهم
عاد الى الاصل ولم يبق معصوما
فصار كالصيد ونحوه من مباح
الاصل فيملكونه والدليل عليه
ان الله تعالى سمى المهاجرين
فقراء بقوله للفقراء المهاجرين
مع وجود ديارهم واموالهم في دار
الحرب ولو كان ملكهم باقيا
لصاروا اغنياء به

١٢٩

باب استيلاء الكفار قال

وقال عليه الصلاة والسلام هل ترك لنا عقيل من دار ولو كان ملكهم باقيا لما استقام ذكر نعلم بذلك
استيلاءهم على مال المسلم فوجب الملك لهم بخلاف استيلاء المسلم على مال المسلم لان تمكنه من الانتفاع قائم
مع عصمته وبخلاف رقابنا لان الله تعالى خلق محلا للتمليك لان الآدمي خلق ليتملك وانما ثبت فيه محلية الملك بالكفر
العارض وبخلاف ما اذا لم يحرزوها بدارهم لان ملكهم بالاستيلاء وتحقق ذلك بالاحراز بدارهم لان الظاهر
ان المسلمين يستنقذونها ما لم يحرزوها بدارهم والمحظور لغيره لا يمنع المشروعية كالبيع عند اذان الجمعة والطواف
مع التيمم والصلاة في الارض المغصوبة والاشتغال بالقراءة او النافلة عند ضيق الوقت فان هذه الاشياء
محظورة لغيرها وهي مشروعة بنفسها حتى يستحق بها الثواب الجزيل في الاجل فما ظنك بالقليل العاجل وهو
الملك في الدنيا قال فان غلبنا عليهم فمن وجد ملكه قبل القسمة اخذه مجانا وبعدها بالقيمة اي ان غلب
المسلمون على اهل الحرب فمن وجد منهم ماله الذي اخذه العدو قبل ان تقسم الغنيمة بين المسلمين اخذه بغير شيء
وان وجده بعد القسمة اخذه بالقيمة لما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما انه قال ان المشركين احرزوا ناقة رجل
من المسلمين بدارهم ثم وقعت في الغنيمة فخاصم فيها المالك القديم فقال عليه الصلاة والسلام ان وجدتها قبل القسمة
فهي لك بغير شيء وان وجدتها بعد القسمة فهي لك بالقيمة ان شئت فعلى هذا يحمل كل ما روي عليه الصلاة والسلام
انه رده الى مالكه او يحمل على انه استخلص منهم قبل ان يحرزوهم بدارهم ثم رده لا لاصحابه ولان المالك القديم
زال ملكه بغير رضاه فكان له حق الاسترداد نظرا له غير ان في الاخذ بعد القسمة ضررا بالماخوذ منه
بازالة ملكه الخاص فيأخذ بالقيمة ان شاء ليعتدل النظر من الجانبين والشركة قبل القسمة عامة فيقل الضرر
فيأخذه بغير شيء قال وبالثمن لو اشتراه تاجر منهم اي لو اشترى ما اخذه العدو منهم تاجر واخرجه
الى دار الاسلام اخذه المالك القديم بثمنه الذي اشتراه به التاجر من العدو ولانه لو اخذه بغير شيء لتضرر
التاجر فيأخذه بثمنه ليعتدل النظر من الجانبين وان اشتراه بعرض اخذه بقيمة العرض ولو كان البيع فاسدا
يأخذه بقيمة نفسه وكذا لو وهبه العدو لمسلم يأخذه بقيمته دفعا للضرر عنهما اذ ملكه فيه ثابت فلا يزال بغير
شيء ولو كان مثليا فوقع في الغنيمة فيأخذه قبل القسمة لما ذكرنا ولا يأخذه بعدها وكذا اذا كان موهوبا وكذا
لو اشتراه التاجر شراء فاسدا واخرجه الى دار الاسلام او اشتراه صحيحا بمثله قدرا او وصفا لانه لو اخذه في هذه
المواضع لاخذه بمثله وهو لا يفيد حتى لو اشتراه التاجر منهم باقل منه قدرا او باردئ منه له ان يأخذه لانه مفيد
ولا يكون ربا لانه يستخلص ملكه ويعيده الى ما كان فصار فداء لا عوضا قال وان فقأ عينه واخذ ارشه اي
للمالك القديم ان يأخذه بالثمن الذي اشتراه به التاجر وان فقئت عين العبد الماسور في يد التاجر واخذ التاجر
وهو المشتري من العدو ارشها لما ذكرنا من النظر ولا يحط عنه شيء من الثمن لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن
في ملك صحيح بعد القبض وان كانت مقصودة بالاتلاف بخلاف المشفوع لان شراءه من غير رضاء الشفيع مكروه وملكه

نقض من غير رضاه فان
البيع الفاسد ودفعه نقض
الاوصاف مطلقا لكون
الملك غير صحيح لما يحتمل النقض
بخلافه المشفوع اذا كانت
مقصودة الاتلاف صح لو هدم
المشتري بناءه او قلع نخله
سقط عن الشفيع حصته من الثمن
وفي المرابحة انما اعتبرت الاوصاف
حتى لا يبيعها مرابحة بعيبها
اتلفها مقصودا لكونها
مبنية على الامانة
بخلاف ما نحن فيه

١٢٩

ولان ما يعطيه المالك القديم فداء وليس ببدل في حقه والفداء لا يقابل بشيء من الاوصاف
ولهذا لو تعيب عنده لم ينقص عن المولى شيء ولان الاخذ للمالك ثبت على خلاف القياس فيراعى
فيه جميع ما ورد به الشرع وهو قوله عليه الصلاة والسلام ان شاء اخذه بالثمن وان شاء ترك والثمن
اسم لجميعه فلا ينقص ولا يأخذ المولى القديم الارش لان ملك المشتري في الارش صحيح لا شبهة
فيه فلو اخذه اخذه بمثله فلا يفيد ولو اخرجه المشتري من العدو عن ملكه بعوض يأخذه المالك
القديم بذلك العوض ان كان مالا وان كان غير مال كالصلح عن دم او هبة اخذه بقيمته ولا ينقض
تصرفه بخلاف الشفيع لان حقه قبل حق المشتري فينقض تصرف المشتري لاجله قال
فان تكرر الاسر والشراء اخذ الاول من الثاني بثمنه ثم القديم بالثمنين معناه ان عبد الرجل
اسره العدو فاشتراه رجل فادخله دار الاسلام ثم اسره العدو ثانيا فادخلوه دار الحرب فاشتراه
رجل اخر فادخله دار الاسلام اخذه المشتري الاول بثمنه ثانيا لان الاسر ورد على ملكه فيكون
خيار الاخذ له ثم اخذه هو يأخذه المالك القديم بالثمنين ان شاء اي الثمن الذي اشتراه به
الثاني من الحربي لان المشتري الاول قام عليه بالثمنين احدهما بالشراء الاول والثاني بالتخليص
من المشتري الثاني ولو اراد المالك القديم ان يأخذه من المشتري الثاني ليس له ذلك لان الاسر
الثاني لم يرد على ملكه وكذا لو كان المشتري الاول غائبا وهو الماسور منه ثانيا لما ذكرنا وكذا
لو اشتراه المشتري الاول من التاجر الثاني ليس للمالك القديم ان يأخذه لان حق الاخذ ثبت
للمالك القديم في ضمن عود المشتري الاول ولم يعد ملكه القديم وانما ملكه بالشراء الجديد منه قال
ولا يملكون حرنا ومدبرنا وام ولدنا ومكاتبنا ونملك عليهم جميع ذلك يعني بالغلبة لان السبب
لا يفيد الحكم الا في محله وهؤلاء منا ليسوا بمحل لان المحل للملك هو المال وهم ليسوا بمال اذ الحر معصوم
بنفسه وكذا غيره لان الحرية قد ثبتت فيه من وجه بخلاف رقابهم لان الشرع قد اسقط عصمتهم جزاء
على جنايتهم وجعلهم ارقاء ولا جناية من هؤلاء قال وان ند اليهم جمل فاخذوه ملكوه لتحقق
الاستيلاء عليه فاذا اخذه احد واخرجه الى دار الاسلام مغنوما او مشترى للمالك ان يأخذه على التفاصيل
التي بيناها قال وان ابق اليهم قن لا اي لا يملكونه وهذا عند ابي حنيفة وقالا يملكونه لان العصمة
لحق المولى ضرورة تمكنه من الانتفاع به وذلك بقيام يده وقد زالت ولهذا الحق اذا اخذوه من دار الاسلام
ملكوه فصار كالجمل الناد اليهم ولابي حنيفة رضه انه ادمي ذو يد صحيحة حتى اذا اودع وديعة لم يكن
للمولى حق القبض وكذا اذا اشترى نفسه من المولى ليس للمولى ان يحبسه فيكون في يد نفسه وانما
لا يظهر على نفسه في دار الاسلام لتحقق يد المولى عليه تمكينا له للانتفاع به وقد زالت يد المولى لتباين

الدارين تظهر
يده على نفسه لزوال
المانع وصار معصوما
بنفسه فلم يبق محلا
للتمليك بخلاف المتردد
في دار الاسلام لان يد
المولى عليه باقية لقيام يد
اهل الدار عليه فمنع ظهور
يده ولهذا لو وهبه لابنه
الصغير ملكه الابن بالهبة
ولو وهبه الحربي لا يملكه بخلاف
الحربي بعد دخوله دار

البعير الناد لأن العجماء ليس لها يد فإذا ضعفت عن يد المولى يملكها من أخذها وإذا لم يثبت الملك
لهم في العبد عند أبي حنيفة يأخذه المولى القديم يعني بغير شيء مغنوماً كان أو مشترى أو وجده
بعد ما أسلم في يده أو بعد ما صار ذمياً ولكن إن وجده مغنوماً بعد القسمة بعوض من كان في يده
من بيت المال لأنه لا يمكن إعادة القسمة لتفرق الغانمين وتعذر اجتماعهم وليس على المالك جعل الآبق
لأنه عامل لنفسه بزعمه لأنه يدعي أنه ملكه سواء كان غازياً أو مشترياً قال ولو أبق بفرس
ومتاع فاشترى رجل كله منهم أخذ العبد مجاناً وغيره بالثمن وهذا عند أبي حنيفة رضي الله عنه
وقالا يأخذ العبد أيضاً بالثمن إن شاء اعتباراً للحالة الاجتماع وحالة الانفراد وقد بينا
الحجة في كل فرد مغنوماً أو مشترى فكان ينبغي أن يأخذ المالك المتاع أيضاً بغير شيء على قول
أبي حنيفة لأنه لما ظهرت يد العبد على نفسه ظهرت على المال لانقطاع يد المولى عن المال لأنه في دار
الحرب ويد العبد أسبق من يد الكفار فلا تصير ملكاً لهم قلنا ظهرت مع المنافي وهو الرق فكانت
ظاهرة في حق نفسه غير ظاهرة في حق المال قال وإن ابتاع مستأمن عبداً مؤمناً وأدخله
دارهم أو آمن عبد ثمة تجاراً أو ظهرنا عليهم عتق أي إذا اشترى كافر مستأمن عبداً مؤمناً
وأدخله دارهم أو آمن عبد ~~ثمة تجاراً أو ظهرنا عليهم عتق أي إذا اشترى~~ حربي في دار الحرب
فخرج إلى دار الإسلام أو إلى عسكر المسلمين أو ظهر عليهم المسلمون عتق في كله ذلك أما الأول
فهو ما إذا اشترى عبداً مسلماً وأدخل به دارهم فالمذكور هنا قول أبي حنيفة رض وعندهما لا
يعتق لأن استحقاق الإزالة كان بطريق التبع وقد انتهى ذلك بالدخول في دارهم لعجز الإمام
عن الإلزام فبقي في يده عبداً على ما كان لأن دار الحرب لا تنافي الملك بل الإدخال فيها سبب الملك ألا ترى
أنهم لو أسروا عبداً مؤمناً وأحرزوه بدارهم ملكوه ابتداء فالاستدامة أولى لأن البقاء أسهل من
الابتداء ولأبي حنيفة أن العبد المسلم ملك المستحق الإزالة عن يد العبد على نفسه الكافر بالبيع كي لا يبقى تحت
ذله ولا يذهب ماله بلا عوض ما دام في دار الإسلام لأن لمال المستأمن حرمة كمال الذمي وإذا عاد إلى
دارهم سقطت عصمة ماله وعجز القاضي عن إجباره عن ملكه وعن إعتاقه عليه إذ لا ينفذ قضاؤه على من في
دارهم فأقيم إحرازه بدار الحرب مقام القضاء بالعتق إقامة للشرط مقام العلة إذ تباين الدارين شرط لزوال
الملك في الجملة ألا ترى أنه إذا سبي أحد الزوجين يقع الفرقة بينهما بالتباين والقياس على ما إذا أدخلوه دارهم
غير صحيح لأن ثمة لما أحرزوه في دارهم لم يملكوه قبله حتى يجب إزالته وإنما ملكوه
بعد دخوله دارهم فافترقا وعلى هذا الخلاف إذا كان ذمياً لأنه يجبر على بيعه ولا يمكن من إدخاله دار الحرب ذكره
في النهاية معزياً إلى الإيضاح وكذا إذا أسلم عبد الحربي في دار الحرب فاشتراه مسلم أو ذمي في دارهم على هذا الخلاف

العبد

لهما أن العتق في دار الحرب يعتمد زوال الاحتقاد ولم يوجد إذ قهر البائع زال إلى قهر المشتري فصار كأنه في يد البائع ولأبي حنيفة أن قهر البائع زال حقيقة والحاجة إلى ثبوت قهر المشتري ابتداء وفي المحل ما ينافيه فلا يثبت ولأن إسلامه يقتضي زوال قهر غيره عليه إلا أنه

تعدد الخطاب بالإزالة فأقيم ما له أثر في زوال الملك مقام الإزالة هكذا ذكره في الكافي وأما الثاني وهو ما إذا
آمن عبد في دار الحرب فخرج إلى دار الإسلام أو إلى عسكر المسلمين أو ظهر عليهم المسلمون فلما روي عن ابن
عباس رضي الله عنهما أنه قال أعتق رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم الطائف من خرج إليه من عبيد المشركين رواه أحمد
وعن الشعبي عن رجل من ثقيف قال سألنا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يرد إلينا أبا بكرة وكان مملوكاً فأسلم
قبلنا فقال لا هو طليق الله ثم طليق رسوله رواه أبو داود وعن علي قال خرج عبدان إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم يعني
يوم الحديبية قبل الصلح فكتب إليه مواليهم فقالوا والله يا محمد ما خرجوا إليك رغبة في دينك وإنما خرجوا هرباً
من الرق فقال ناس صدقوا يا رسول الله ردهم إليهم فغضب رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ما أراكم تنتهون
يا معشر قريش حتى يبعث الله عليكم من يضرب رقابكم على هذا وأبى أن يردهم وقال هم عتقاء الله عز وجل
رواه أبو داود ولأنه أحرز نفسه بالخروج إلينا مراغماً لمولاه وبالالتحاق بمنعة المسلمين إذا ظهروا على
الدار واعتبار يده أولى من اعتبار يد المسلمين لأنها أسبق ثبوتاً على نفسه والحاجة في حقه إلى زيادة
توكيد وفي حقهم إلى إثبات اليد ابتداء فكانت يده أولى ولو أعتق حربي عبداً حربياً في دار الحرب وهو في يده
ولم يخله أي قال له آخذاً بيده أنت حر لا يعتق حتى لو أسلم والعبد عنده فهو ملكه وعند أبي يوسف ومحمد
يعتق لصدوره من العتق من أهله بدليل صحة إعتاقه عبداً مسلماً في دار الحرب في محله لكونه مملوكاً ولأبي
حنيفة أنه معتق ببيانه مسترق ببنانه وهذا لأن الملك كما يزول يثبت باستيلاء جديد وهو أخذه له بيده
في دار الحرب فيكون عبداً له بخلاف ما إذا كان مسلماً لأنه ليس بمحل التمليك بالاستيلاء

باب المستأمن

قال وإذا دخل تاجر ثمة حرم تعرضه لشيء منهم أي إذا دخل دار الحرب بأمان مسلم تاجر
حرم عليه أن يتعرض لشيء من أموالهم ودمائهم لنهيه عليه السلام عن الغدر على ما بينا من قبل إلا إذا غدر
بهم ملكهم بأخذ الأموال أو الحبس أو غيره بعلمه ولم ينههم عنه لأنهم نقضوا العهد به فيباح له التعرض
حينئذ لا كالأسير والمتلصص فيجوز له أخذ أموالهم وقتل نفوسهم وليس له أن يستبيح فروجهم لأن الفرج
لا يحل إلا بالملك ولا ملك قبل الإحراز من الدار على ما بينا إلا إذا وجد امرأته المأسورة أو أم ولده
أو مدبرته ولم يطأهن أهل الحرب لأنهن لا يملكهن أهل الحرب بالاستيلاء على ما بيناه فهن
باقيات على ملكه غير أن أهل الحرب إن وطئوهن يكون شبهة في حقهن فيجب عليهن العدة فلا يحل له
أن يطأهن حتى تنقضي عدتهن بخلاف أمته المأسورة حيث لا يحل له أن يطأها وإن لم يطأها الحربي
لأنهم ملكوها فصارت من جملة أموالهم ولهذا لا يجوز له أن يتعرض لها بشيء إن دخل دارهم بأمان
ولم ينتقض الأمان ويجوز له التعرض لزوجته وأم ولده ومدبرته لما ذكرنا قال فلو أخرج شيئاً
ملكه ملكاً محظوراً فيتصدق به يعني لو غدر بهم وأخذ شيئاً وأخرجه إلى دار الإسلام ملكه ملكاً محظوراً لتحقق

أي الناقض الذي
وضح أنه لم يعتق شيئاً
أو غصب أحدهما صاحبه
إذا أدانه حربي أو أداه حربياً قال
لتعلق به فأوجب ذلك فتوى فخانه
بغدره حصل بسبب الغدر
كالاستيلاء وعقد ... دابته
من قبل ولا نعقد ... وبايع
لا بيع المتاع وغيره
... بالمباح والحظر
وهو الاستيلاء

دخل دار الحرب بامان او انه حضر اي اباعه بالدين او بالعكس او غصب احدهما الآخر
وخرجا الى دار الاسلام وتحاكما عند حاكم لم يقض لواحد منهما على الآخر لان القضاء يستدعي
الولاية ويعتمدها ولا ولاية وقت الادانة اصلاً اذ لا قدرة للقاضي فيه على من هو في دار الحرب ولا
وقت القضاء على المستأمن لانه ما التزم حكم الاسلام فيما مضى من افعاله وانما التزمه في
المستقبل في حق حكم يباشرها في دار الاسلام والغصب في دار الحرب سبب يفيد الملك لانه
استيلاء على مال مباح غير معصوم فصار كالادانة فاذا ملكه فليس للحاكم ان يتعرض له بالحكم
ولكن يفتي المسلم برد المغصوب ويامره به لانه التزم بالامان ان لا يغدرهم وهذا غدر
ولا يقضي عليه لما ذكرنا وقال ابو يوسف يقضي بالدين على المسلم دون الغصب لانه التزم احكام
الاسلام حيث كان الادين انهما لو خرجا مسلمين تحكم عليهما بالدين وكذا هذا والجواب عنه بانه
اذا امتنع في المسلم تحقيقاً للتسوية بينهما وكذلك لو كانا حربيين وفعلا ذلك ثم استأمنا لما ذكرنا
قال وان خرجا مسلمين قضي بالدين بينهما الا بالغصب يعني الحربيين اسلما في دار الحرب ثم خرجا
مسلمين بعد ما ادان احدهما صاحبه او غصبه وانما يقضى بالدين لانها وقعت صحيحة لوقوع المداينة بتراض
منهما ولثبوت الولاية حالة القضاء لالتزامهما الاحكام بالاسلام وانما لا يقضى بالغصب لان الغاصب
ملكه على ما بينا من ورود الاستيلاء على مال مباح ولا يؤمر بالرد لان ملك الحربي بالغصب صحيح لا خبث
فيه بخلاف قوله عليه الصلاة والسلام من اسلم على مال فهو له يدل على ذلك بخلاف المسلم المستأمن اذا غصب
منهم حيث يؤمر بالرد لخبث في ملكه لانه ملكه بالخيانة ولا يقضى عليه به لما بينا قال في مسلمان مستأمنان
قتل احدهما صاحبه تجب الدية في ماله والكفارة في الخطأ اي مسلمان دخلا دار الحرب بامان فقتل
احدهما الآخر عمداً او خطأ تجب الدية في ماله وتجب الكفارة في الخطأ دون العمد لانها لا تجب في العمد عندنا
على ما عرف في موضعه اما الكفارة والدية في الخطأ فلقوله تعالى ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية
مسلمة الى اهله لان العصمة الثابتة بالاحراز بالدار لا تبطل بالدخول العارض بالامان وانما تجب في ماله
لان العاقلة لا قدرة لهم على الصيانة مع تباين الدارين والوجوب عليهم على اعتبار تركها وانما تجب الدية في العمد
في ماله لان العواقل لا تعقل العمد والقصاص قد سقط للشبهة فلا بد من الدية صيانة للدم المعصوم فتعين ان ما دون
ذلك في ماله وعن ابي يوسف ان القصاص يجب عليه لانه بدخوله دار الحرب لا تبطل عصمته والمسلم من اهل دار الاسلام حيث
كان القصاص حق العبد يتفرد باستيفائه من غير حاجة فيه الى الامام فيستوفيه قلنا لا يمكن استيفاؤه الا بمنعة
لان الواحد لا يقاوم الواحد غالباً والمنعة دون الامام وجماعة المسلمين ولم يوجد ذلك في دار الحرب فلا تجب اذ لا
فائدة للوجوب بدون الاستيفاء فصار كالحد ولان دار الحرب دار اباحة للدم فيصير ذلك شبهة مسقطة للعقوبة

[illegible]

كان متقوماً بالاحراز بدار الاسلام فلا يبطل بالامن العارض كما لا يبطل بالدخول دارهم
بامان بل اولى لكونه مضطراً والمستأمن باختياره وعدم القصاص لفوات شرطه وهو المنعة
وتجب الدية في ماله لما ذكرنا ولابي حنيفة ان الاسير صار تبعاً لهم بالقهر حتى صار مقيماً باقامتهم
ومسافراً بسفرهم كعبيد المسلمين صار تبعاً لهم في دار الاسلام فاذا كان تبعاً لهم فلا تجب بقتله
دية كاملة وهو الحربي فصار كالمسلم الذي لم يهاجر الينا وهو المراد بقوله كقتل مسلم مسلماً ثمة اي في دار
الحرب فانه لا تجب في قتله الا الكفارة في الخطأ لانه غير متقوم لعدم الاحراز بالدار فكذا هذا البطلان الاحراز
الذي كان في دار الاسلام بالتبعية لهم في دارهم ولاية علينا المستأمن لانه ليس بمقهور فيمكنه الخروج
١٢١ باختياره فلا يكون تبعاً لهم وقال الشافعي المسلم الذي اسلم في دار الحرب ولم يهاجر الى دار الاسلام
تجب القصاص بقتله عمداً او تجب الدية بقتله خطأ لانه قتل نفساً معصومة لوجود العاصم وهو الاسلام لقوله عم
فاذا قالوها عصموا مني دماءهم واموالهم الا بحقها اثبت العصمة بالاسلام لا غير ولان العصمة ثبتت
نعمة وكرامة فتتعلق بما له اثر في استحقاق الكرامة وهو الاسلام وهذا لان العصمة اصلها المؤثمة
لحصول اصل الزجر بها وهي حاصلة بالاسلام ثابتة به حتى ياثم من تعرض له بعد الاسلام والمقومة كمال
فيها لتحصل كمال الامتناع لان بعض السفهاء لا يترك التعرض له الا بالمقومة فوقاً من التبعة في الدنيا
فيكون وصفاً لها فيتعلق بما يتعلق به الاصل ولنا قوله تعالى وان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير
رقبة مؤمنة جعل التحرير كل الموجب رجوعاً الى حرف الفاء فانها للجزاء وهو الكفاية او الى كونه كل المذكور
فينتفي غيره كما انتفى في قتل المسلم الذمي في دار الاسلام غير المذكور في الآية لهذا المعنى وهذا لان الآية سيقت لبيان
الحكم في القتل وهو انواع فاوجب اولاً في المؤمن المطلق دية وكفارة ثم اوجب بقتل مسلم لم يهاجر الينا
كفارة ثم اوجب بقتل الذمي دية وكفارة فلا يزاد على واحد منها على ما اوجبه الله تعالى ولا نسلم ان اصل العصمة با
لاسلام بل بكونه آدمياً لانه خلق لاقامة الدين ولا يتمكن من ذلك الا بعصمة نفسه بان لا يتعرض له احد الا
اباحة قتله عارض بسبب اضاده بالقتال الاذمي من لا يقاتل كالذمي ودار الحربي لا تجوز قتله لعدم الافساد
والمقومة تحصل بالاحراز بالدار الا ترى ان الذمي مع كفره يتقوم بالاحراز ولانا نمنع الاسلام في تحصيل
العصمة لان الدين ما وضع لاكتساب الدنيا وانما وضع لاكتساب الآخرة واذا كانت النفس معصومة بالآدمي فيما
للمال تبعاً ليتمكن من تحمل اعباء التكاليف وان خلق غرضه في الاصل لانه لا يعد الا به فيكون معصوماً بعصمتها
واما العصمة المقومة فالاصل فيها الاموال لان التقوم يؤذن على الفائت بالتماثل فيستدعي ولا يتصور ذلك في
النفس حقيقة بخلاف المال فكانت النفوس تابعة للمال فيها ثم العصمة المقومة في المال لا تكون الا بالاحراز بالدار في
كونه اصلاً فيها فعي النفس اولى لانها تابع فيها وليس فيما رواه ما يدل على ما قال لانهم عصموا انفسهم بترك القتال

[illegible]

من اقامة دايمة في دارنا الا بسنة فاكثر او جزية لانه يبقى ضررا على المسلمين لكونه عينا لهم وعونا علينا
ويمكن من اقامة اليسيرة لان في منعها قطع المنافع من الميرة والجلب وسد باب التجارات كلها ففصلنا
بينهما بسنة لانها مدة تجب فيها الجزية ثم ان رجع الى وطنه بعد ما قال الامام له ذلك قبل تمام السنة فلا سبيل
عليه قال فان مكث سنة فهو ذمي لانه التزم الجزية فيعتبر المدة من وقت التقدم اليه لا من وقت دخوله
دار الاسلام وللامام ان يقدر له اقل من ذلك اذا راى كالشهر والشهرين فاذا اقامها بعد ذلك صار ذميا
وذكر في النهاية معزيا الى المبسوط ما يدل على انه يصير ذميا عند اقامته سنة في دار الاسلام وان لم يتقدم اليه
الامام فانه قال اذا لم يقدر له الامام مدة فالمعتبر هو الحول لانه لا بد من ابلاء العذر والحول حسن لذلك كما في تاجيل
العنين ثم اذا صار ذميا بمضي المدة المضروبة له ان يستانف عليه الجزية لحول بعده الا ان يكون شرط عليه انه ان
مكث سنة اخذها منه فاذا مضت حينئذ اخذها منه حينئذ كما اذا تمت السنة قال فلم يترك ان يرجع اليهم
كما لو وضع عليه الخراج او نكحت ذميا لا عكسه يعني لا يترك ان يرجع الى دار الحرب بعد ما مكث في دارنا سنة
كما لا يترك ان يرجع اليهم بعد ما وضع عليه الخراج واذا نكحت الحربية ذميا لانها تصير بذلك ذمية
لالتزامها المقام معه لا عكسه وهو ما اذا تزوج الحربي ذمية لانه لا يصير ذميا لعدم التزامه المقام معها
في دارنا لتمكنه من طلاقها فلا يمنع اذا خرج الى دار الحرب واذا صار ذميا يمنع عوده الى دار الحرب خوفا من ضرره
بالمسلمين بعوده حربيا علينا وبتوالد في دار الحرب وقطع الجزية وقوله كما لو وضع عليه الخراج دليل على انه لا يصير
ذميا بشراء ارض الخراج حتى يوضع عليه الخراج ومن المشايخ من قال يصير ذميا بنفس الشراء لانه لما اشتراها
وحكم الشرع فيها بوجوب الخراج صار ملتزما ما حكما من احكام الاسلام والمراد من وضع الخراج التزامه بمباشرة
الزراعة او تعطيلها عنها مع التمكن وهو الصحيح لان الشراء قد يكون للتجارة فلا يدل على التزامه احكام الاسلام
اما الزراعة او ترك الارض على ملكه الى اوان الخراج فدليل على التزامه احكام الاسلام فيصير ذميا فيترتب
عليه احكام اهل الذمة من وجوب القصاص بقتله ومنعه الرجوع الى دار الحرب وسائر احكام اهل الذمة و
اول مدته من وقت الوجوب حتى اذا الزمه الخراج يلزمه الجزية لسنة مستقبلة لصيرورته ذميا بلزومه وقوله
او نكحت ذميا دليل على انها تصير ذمية بنفس التزوج لان المراة تابعة للرجل في السكنى حتى كان له ان يسكنها
حيث شاء ويصير مقيمة باقامته فتصير راضية بالمقام معه في دارنا فتصير ذمية بمجرد التزوج وقوله
لا عكسه اي لو تزوج حربي ذمية لا يصير ذميا لا ينعكس الاحكام التي ذكرناها قال فان رجع اليهم
وله وديعة عند مسلم او ذمي او دين عليهما حل دمه اي الحربي المستامن رجع الى دار الحرب وترك وديعة عند
مسلم او ذمي او دينا عليهما حل دمه بالعود الى دار الحرب لانه ابطل امانه فعاد حربيا وما كان في ايدي
المسلمين او الذميين من ماله فهو باق على ما كان عليه حرام التناول لان حكم امانه في حق ماله لا يبطل قال

مملوكا له الدين واذا لم يبق مملوكيته بالاسر في مالكية
وقد ظهرت لبطلان مالكيته اذ
لا تكون الا بواسطة المطالبة
واما الدين فلان اليد عليه
اسبق فكان بها احق
تقرير ملكا للمودع لان يده
حقيقة وعن ابي يوسف انها
فيصار كما اذا كانت ثابتة

صار ملكا

صار ملكا لمن هو عليه لان يده اسبق اليه من يد غيره ولا يؤخذ بجعله فيئا لان الفيء هو الذي يملك قهرا
ولا يتصور ذلك في الدين لانه ليس بمال على التحقيق بل هو عبارة عن حق تمليك المال فلم يكن الاستيلاء
على مالكه استيلاء عليه ولو كان رهن فعند ابي يوسف ياخذه المرتهن بدينه وقال محمد يباع ويوفى بثمنه الدين
والفاضل لبيت المال قال وان قتل ولم يظهر او مات فقرضه ووديعته لورثته لان حكم الامان باق لعدم
بطلانه بغير تغير ورثته لانهم قايمون مقامه بخلاف مسئلة الاولى لان نفسه لما كانت مغنومة تبعها ماله لانه
كان يدفع عنه كيده وهنا نفسه لم تصر مغنومة فكذا ماله في اذا مات والمال في يده لما ذكرنا فان قيل ينبغي
ان يكون ماله فيئا كما اذا اسلم الحربي في دار الاسلام وله وديعة عند مسلم في دار الحرب ثم ظهر على دار الحرب
يكون فيئا فلا تكون يد المودع كيد المودع قلنا يد المودع كيد المالك من وجه دون وجه والعصمة ما كانت
ثابتة في المستشهد به لما ان دار الحرب ليست بدار عصمة فلا تصير معصومة بالشك وفي هذه العصمة كانت
ثابتة فيها وقت الايداع اذ دار الاسلام دار العصمة ولم يظهر على دارهم فتبقى على حالها معصومة
فلا تزول بالشك قال وان جاءنا حربي بامان وله زوجة ثم اي في دار الحرب واولاد صغار
وكبار ومال عند مسلم وذمي وحربي فاسلم هنا ثم ظهر عليهم فالكل في اما المراة واولاده وما في بطنها
والعقار فلما بينا في باب الغنايم واما اولاده الصغار فلان الصغير انما يتبع اباه ويصير مسلما باسلامه
اذا كان في يده وتحت ولايته مع تباين الدارين لا يتصور ذلك وامواله لم تصر محرزة باحراز
نفسه لاختلاف الدارين فيبقى الكل فيئا وغنيمة ولو سبى الصبي في هذه المسئلة وصار في دار الاسلام فهو
مسلم تبعا لابيه لانهما اجتمعا في دار واحدة بخلاف ما قبل اخراجها الى دار الاسلام حيث لا يكون مسلما
لما بينا من اختلاف الدارين ثم هو في على حاله لما ذكرنا وكونه مسلما لا ينافي الاسترقاق لما عرف في موضعه قال
وان اسلم ثمة اي في دار الحرب فجاء الى دار الاسلام فظهر عليهم اي على اهل الحرب فولده الصغير حر مسلم
وما اودع عند مسلم او ذمي فهو له وغيره فهو في وهو واولاده الكبار والمراة والعقار لانه لما اسلم في
دار الحرب تبعه اولاده الصغار لاتحاد الدار واصبح ما في يده او وديعة عند من ذكره لان في يد صحيحة
محترمة بخلاف ما اذا كان مودعا عند حربي على ما ذكر في باب الغنايم فيمن اسلم في دار الحرب ولم
يخرج الى دار الاسلام لان حكم المستامن واحد اذ الاسلام حصل منهما في دار الحرب فالحكم عرف في تلك
فهو الحكم في هذه قال ومن قتل مسلما خطاء لا ولي له او حربيا جاءنا بامان فاسلم فديته على عاقلته
للامام لانه قتل نفسا معصومة فيتناوله النصوص الواردة في قتل الخطاء ومعنى قوله للامام ان الاخذ له ليضعه
في بيت المال لانه نصب ناظرا للمسلمين وهذا من النظر قال وفي العمد القتل او الدية لا العفو اي لو
قتل عمدا يجب عليه القتل قصاصا او الدية بالصلح فيطلب فيه الامام فايهما راى اصلح فعل ولا يجوز العفو

الحق انما يثبت للعامة ولهذا سقط بالشبهة فكان خير شبهة والقصاص
للامام فكان احتمال عدم الولاية
غالبا وهو كالمتحقق او يحتمل ذلك
في دار الاسلام للخلفاء الوارث
خلافا لابي يوسف هو يقول المولود
لو قيل للامام ان يقتل القاتل عندهما
عوض وكذا لو كان المقتول
ابطال حق المسلمين بغير
مجيب بالنظر فلا يجوز له
ذات النفس

اليمامة

للولي بطريق مقامه مقام الميت فنظر للميت والمجهول الذي لا يمكن الوصول إليه لا ينتفع الميت به فلا يصلح
وليا فصار وجوده كعدمه فينتقل إلى السلطان أو إلى العامة كما في الإرث ولا يقال تعدد من له الحق
فيجب سقوط القصاص كالمكاتب إذا قتل عن وفاء وله وارث غير المولى لأنا نقول السلطان هنا نائب عن
العامة فصار الولي واحدا بخلاف مسألة المكاتب **باب العشر والخراج والجزية**
قال أرض العرب وما أسلم أهله أو فتح عنوة وقسم بين الغانمين عشرية أما أرض العرب
فلأنه عليه الصلاة والسلام والخلفاء من بعده لم يأخذوا الخراج من أرض العرب ولأنه بمنزلة الفيء فلا يثبت
في أرضهم كما لا يثبت في رقابهم وهذا لأن الخراج من شرطه أن يقر أهلها عليها على الكفر كما في سواد العراق
ومشركو العرب لا يقبل منهم إلا الإسلام أو السيف لقول عائشة رضي الله عنها آخر ما عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم
أن قال لا يترك بجزيرة العرب دينان رواه أحمد وحدها طولا ما وراء ريف العراق إلى أقصى صخر باليمن
وعرضا من جدة وما والاها من الساحل إلى حد الشام وأما ما أسلم أهله عليه أو فتح عنوة وقسم بين الغانمين
فلأن الحاجة إلى ابتداء التوظيف على المسلم والعشر أليق به لأن فيه معنى العبادة حتى يصرف مصارف الصدقات ويشترط
فيه النية وأرفق لأنه أخف من الخراج لتعلقه بحقيقة الخارج بخلاف الخراج **قال** والسواد وما فتح عنوة و
أقر أهلها عليه أو فتح صلحا خراجية لأن عمر رضي الله عنه حين فتح السواد وضع عليهم الخراج بمحضر من الصحابة
رضي الله عنهم ووضع على مصر حين فتحها عمرو بن العاص وأجمعت الصحابة رضي الله عنهم على وضع الخراج على الشام
ولأن الحاجة إلى ابتداء التوظيف على الكافر والخراج أليق به لما فيه من معنى العقوبة والتغليظ حتى يجب على من تمكن
من الزراعة ولا يشترط فيه حقيقة الإخراج وهو أكثر من العشر أيضا في الجامع الصغير وكل أرض افتتحت
عنوة فوصل إليها ماء الأنهار فهي أرض خراج وما لم يصل إليها ماء الأنهار وما يستخرج منها عين فهي
أرض عشر لأن العشر والخراج متعلقان بالأرض النامية ونماؤها بمائها فيعتبر السقي بماء العشر أو بماء الخراج
والمراد بالأنهار التي احتفرها الأعاجم كنهر يزدجرد لتكون المسألة إجماعية لأن الأنهار العظام كسيحون
وجيحون فيها خلاف أبي يوسف ومحمد وقد ذكرناه في الزكاة وكذا ما ذكره في هذا التفصيل في حق المسلم أما في
حق الكافر فيجب عليه الخراج من أي ماء سقي لأن الكافر لا يبتدئ بالعشر فلا يتأتى فيه التفصيل في حالة الابتداء
إجماعا وإنما الخلاف فيه في حالة البقاء فيما إذا ملك أرضا عشرية هل يجب عليه الخراج أو العشر أو العشران وقد
ذكرناه في الزكاة ولا يقال إذا وضع الخراج على المسلم باعتبار الماء يكون ابتداء المسلم بالخراج وذلك غير جائز
لأنا نقول ليس هذا بابتداء وضع على المسلم بل الأرض لما لم تنم إلا بالماء اعتبر الماء المأخوذ من العدو وجعلنا
وظيفته الخراج والمسلم إذا اشترى أرضا به فقد التزم الخراج في حالة البقاء ومثله لا يمتنع بالإسلام ألا ترى أنه إذا
اشترى المسلم الخراجية يؤدي خراجها لما قلنا وإنما لم توظف النبي عليه السلام على أراضي مكة مع أنها فتحت عنوة و

لم ينتطب قلوبهم
لوجهتهم أصحابها أن عمر
وقال أبو بكر الرازي هذا غلط
استطاب قلوب الغانمين فأجروها
منها أحمد ... لها لأن عمر
... على المسلمين وأهلها
... لهم وإنما
... عندنا وقال
ما ... أرض السواد
... والرق
... الخراج على الأرض
لأن العرب لا ...
أقر أهلها عليها

فقيل ناظرهم ... عليه وشاور الصحابة على وضع الخراج فاحتج بلال وأصحابه فدعى عليهم فأين الاستيصال
وثانيها أن أهل الذمة لم يحضروا والغانمين هل ملكوا الأراضي فلو كان إجارة لاشترط حضورهم
وثالثها أنه لم يوجد في ذلك رضا أهل الذمة ولو كانت إجارة لاشترط رضاهم ورابعها
أن عقد الإجارة لم يصدر بينهم وبين عمر ولو كانت إجارة لوجب العقد وخامسها أن جهالة الأراضي
تمنع صحة الإجارة وسادسها جهالة المدة تمنع من صحتها أيضا وسابعها أن الخراج مؤبد والتأبيد
في الإجارة باطلة وثامنها أن الإجارة لا تسقط بالإسلام والخراج يسقط عنه وتاسعها أن عمر أخذ
الخراج من النخل وهي لا تجوز إجارتها وعاشرها أن جماعة الصحابة اشتروها وكيف يشترون
المستأجر وكيف تجوز لهم شراؤها **قال** ولو أحيا أرضا مواتا يعتبر قربه أي قرب ما أحيا فإن
كانت إلى الخراج أقرب فهي خراجية وإن كانت إلى العشر أقرب فهي عشرية وهذا عند أبي
يوسف لأن حيز الشيء يعطى له حكمه كفناء الدار يعطى حكم الدار حتى يجوز له الانتفاع به وكذا لا يجوز
إحياء ما قرب من العامر وقال محمد رحمه الله إن أحياها بماء الخراج كالأنهار التي احتفرها الأعاجم
فهي خراجية وإلا فعشرية لما ذكرنا وهذا التفصيل في حق المسلم وأما الكافر فيجب عليه الخراج مطلقا
قال والبصرة عشرية لإجماع الصحابة على ذلك والقياس أن تكون خراجية لأنها فتحت عنوة
وأقر أهلها عليها من جملة أراضي العراق ولكن ترك ذلك وهذا الورد إشكالا على قول أبي يوسف حيث
لم يعتبر فيها الحيز وليس هذا بظاهر لأنه إنما يعتبر الحيز في الأراضي المحياة لا في المفتوحة عنوة
ثم الخراج على نوعين خراج مقاسمة وهو أن يكون الواجب جزءا شائعا من الخارج كالربع والخمس ونحو ذلك
وخراج وظيفة وهو أن يكون الواجب شيئا في الذمة يتعلق بالتمكن من الزراعة وهو ما وضعه عمر رضي الله عنه
على سواد العراق على ما يجيء بيانه **قال** وخراج جريب صلح للزرع صاع ودرهم وفي جريب الرطبة خمسة
دراهم وفي جريب النخل والكرم المتصل عشرة دراهم لأنه المنقول عن عمر رضي الله عنه فإنه بعث عثمان بن
حنيف وحذيفة بن اليمان يمسحا سواد العراق فبلغت ستة وثلاثين ألف جريب ووضعا على نحو ما قلنا بمحضر
من الصحابة من غير نكير فكان إجماعا ولأن المؤن متفاوتة فيجب على أخفها الأقل وعلى أشدها الأعلى
وعلى الوسط الوسط والجريب ستون ذراعا في ستين ذراعا بذراع كسرى وهو يزيد على ذراع العامة بقبضة
وقيل هذا جريب سواد العراق وفي غيرهم يعتبر على ما هو المعتاد عندهم والصاع أربعة أمنان والمنان
مائتان وستون درهما ويعطى الدرهم من أجود النقود وذكر قاضي خان في النهاية معزيا إلى الفتاوى أن القفيز
من الحنطة أو الشعير بلفظ التخيير وقال في الكافي هو يكون من الحنطة وقال كذا في كتاب العشر والخراج ثم قال وذكر في موضع
آخر ويكون هذا القفيز مما يزرع في تلك الأرض وهو الصحيح وما ليس فيه توظيف عمر يوضع بحسب الطاقة مما سوى ما ذكر كالزعفران

والبستان يوضع عليه
الطاقة اعتبارا بما وظف
الذي لم يرد ... الطاقة
قال وغاية الطاقة ...
ما لا يطيق ... نصف الخارج
ما يطيق ولو زدنا على الطاقة
في ... ونهاية الطاقة أن يبلغ الواجب
نصف الخارج ولا يزاد عليه لأن التنصيف
عين الإنصاف لما كان لنا أن نقسم
الكل بين الغانمين ولا يزاد عليه لأنه
لا أكثر حكم الكل **قال** وإن لم
تطق ما وظف نقص بخلاف الزيادة
يعني لا يجعل وإن أطاقت

لان قول عمر رضي الله عنه لعلكما حملتما الارض ما لا تطيق وقولهما لا بل حملناها ما تطيق ولو زدنا لاطاقت يدل
على جواز النقصان عند عدم الطاقة وعلى عدم الطاقة جواز الزيادة عند الطاقة للزيادة لان مراد عمر ان ينقصه
عند عدم الطاقة لما وضع فلولا انه يجوز لما قصد ذلك واجاباه بانها تطيق اكثر من ذلك ولم يزد فلو كان
جائزا لزاد ثم الحاصل ان هذا انه لا يجوز الزيادة على ما وظفه عمر رضي الله عنه في سواد العراق لانه خلاف اجماع الصحابة
رضي الله عنهم وما وظفه امام آخر في ارض فتحها هو كتوظيف عمر في العراق لانه باجتهاد فلا ينقص باجتهاد مثله
ولو اراد ان يوظف ابتداء على ارض بقدر طاقتها زيادة على ما وظفه عمر جاز عند محمد لانه انشاء الحكم باجتهاد
وليس فيه نقض حكم وعند ابي يوسف لا يجوز وهو رواية عن ابي حنيفة لان خراج التوظيف مقدر شرعا واتباع الصحابة
رضي الله عنهم فيه واجب لان المقادير لا تعرف الا توقيفا والتقدير يمنع الزيادة لئلا يخلو التقدير عن الفائدة قال
ولا خراج ان غلب على ارضه الماء او انقطع او اصاب الزرع آفة اما في الفصلين الاولين فلفوات التمام التقديري
المعتبر في الخراج وهو التمكن من الزراعة في كل الحول وكونه ناميا جميع الحول شرط واما الثالث فلانه اذا
وجد الاصل الذي كان التمكن تابعا مقامه سقط الخلف عنه وتعلق الحكم بالاصل فاذا هلك بطل ما تعلق به
وصار كالعشر في هذه الحالة فيسلم بسلامة الخارج ويبطل بهلاكه وعلى هذا لو منعه انسان من الزراعة لا يجب عليه الخراج
لانه لم يتمكن من الزراعة والتمكن فيه شرط وقالوا في الاصطلام انما يسقط عنه اذا لم يبق من السنة مقدار ما يمكنه
ان يزرع الارض ثانيا واما اذا بقي من المدة قدر ذلك فلا يسقط والمراد بالاصطلام ايضا ان يذهب كل الخارج اما
اذا ذهب بعضه فان بقي مقدار الخراج ومثله بان بقي مقدار درهمين وقفيزين يجب الخراج لانه لا يزيد على نصف
الخارج وان بقي اقل من ذلك يجب نصفه لان التنصيف عين الانصاف على ما مر قال وان عطلها صاحبها او
اسلم او اشترى مسلم ارض خراج يجب اي يجب الخراج في هذه الصور اما اذا عطلها صاحبها فلان التمكن كان
ثابتا وهو المعتبر في هذا الباب فلا يعذر في التقصير هذا اذا كانت الارض صالحة للزراعة والمالك يتمكن من الزراعة
ولم يزرعها واما اذا عجز المالك عن الزراعة باعتبار قوته واسبابه فللامام ان يدفعها الى غيره مزارعة ويأخذ
الخراج من نصيب المالك ويمسك الباقي له وان شاء آجرها واخذ الخراج من اجرتها وان شاء زرعها بنفقة من بيت المال
فيأخذ الخراج من نصيب صاحب الارض وان لم يتمكن من ذلك ولم يجد من يقبل ذلك باعها واخذ من ثمنها الخراج
وقال في النهاية هذا بلا خلاف لانه الحاق الضرر بالواحد لاجل العامة وعن ابي يوسف انه يدفع الى العاجز كفايته من بيت
المال قرضا ليعمل فيها ولو انتقل الى اخس مما كان يزرعها من غير عذر فعليه خراج الاعلى لانه هو الذي ضيع الزيادة
وهذا يعرف ولا يفتى به كيلا يتجرأ الظلمة على اخذ اموال الناس بالدعاوي الباطلة بان يقول كانت هذه الارض
قبل هذا تنبت كذا وكذا لشيء هو اخس مما فيها حاجة فيها لا ينفتح لهم باب الظلم واما اذا اسلم صاحب الارض الخراجية
فلان الخراج فيه معنى المؤنة ومعنى العقوبة فيعتبر مؤنة في حالة البقاء فيبقى على المسلم عقوبة في الابتداء فلا يبتدئ المسلم به

الارض الخراجية وادى
من الصحابة رضي الله عنهم اشتروا
الخراج وقد روي ان جماعة
ايضا فلا ينفى بعد الاسلام للخلاف
من المؤنة ولان في الجزية صغارا
فلو سقط الخراج لا يحتج الى شيء آخر
فيسقط والارض للخلفاء مؤنة
الجزية لان الناس لا مؤنة فيه
بقاء على المسلم كالرق للخلاف
ولان الخراج هنا ان الكفر فاذا

خراجها فدل

وخراجها فدل على بقائه على المسلم وجواز شراء المسلم وادائه من غير كراهة واما اذا اشترى المسلم ارض الخراج فلما بينا
ثم ان بقي من السنة مقدار ما يتمكن المشتري من الزراعة فالخراج عليه والا فعلى البائع قال ولا عشر في خارج
ارض الخراج وقال الشافعي يجب فيه العشر مع الخراج لانهما حقان مختلفان ذاتا ومحلا وسببا ومصرفا فان الخراج
مؤنة فيها وفيه معنى العقوبة والعشر مؤنة فيها وفيه معنى العبادة والخراج يجب في الذمة والعشر في الخارج ويجب
الخراج بالتمكن والعشر بحقيقة الخارج ومصرف الخراج في مصالح المسلمين والعشر للفقراء فوجوب احدهما لا ينافي الآخر
ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لا يجتمع عشر وخراج في ارض مسلم ولان احدا من ائمة العدل والجور لم يجمع بينهما
فصار اجماعا عملا وكفى بهم قدوة ولان الخراج يجب في ارض فتحت عنوة وقهرا وان اقر اهلها عليها والعشر في
ارض اسلم اهلها عليها طوعا او قسمت بين الغانمين والوصفان لا يجتمعان في ارض واحدة وسبب الحقين واحد
وهي الارض النامية الا انه يعتبر في العشر تحقيقا وفي الخراج تقديرا ولهذا اضيفا الى الارض والاضافة تدل
على الاختصاص وهو بالسببية وكل واحد منهما مؤنة ارض نامية ولا يجتمع وظيفتان بسبب ارض واحد
وعلى هذا الخلاف الزكاة مع العشر او الخراج حتى لو اشترى ارضا عشرية او خراجية للتجارة ففيها العشر
او الخراج دون زكاة التجارة عندنا وعنده تجب الزكاة مع احدهما ومحمد معه في العشر فيه لاختلاف محلهما التجارة
فلا تنافي بينهما لان العشر محله الخارج وكذا الخراج لكن في احدهما حقيقة وفي الآخر تقديرا والزكاة
محلها التجارة فلا تنافي بينهما كالدين مع ثمن الارض معها بخلاف العشر والخراج لان محلهما واحد على ما بينا ولنا
ان العشر والخراج مؤنة الارض النامية ولهذا يضافان اليها وكذا الزكاة وظيفة المال النامي وكذا العشر
والخراج واحد وهو الارض النامية وكل واحد منهما يجب حقا لله تعالى فلا يجب بسبب ملك واحد حقا لله تعالى كما لا يجب
زكاة السائمة وزكاة التجارة باعتبار مال واحد فصار كالعشر والخراج بخلاف دين ثمن الارض مع احدهما لان
الدين يجب للعبد والعشر والخراج حقا لله تعالى فلا يتنافيان بل يجتمعان وان كانا بسبب ملك مال واحد ثم اذا ثبت
انهما لا يجتمعان كان العشر والخراج اولى من الزكاة بالوجوب لانهما صارا وظيفة لازمة لها ولا يسقطان
بعذر الصبي والجنون والرق وهما اسبق وجوبا من الزكاة فتترك على حالها ثم الخراج لا يتكرر بتكرر الخارج في
سنة لان عمر رضي الله عنه لم يوظفه مكررا بخلاف العشر لانه لا يتحقق عشرا الا بوجوبه في كل خارج والله اعلم

فصل قال الجزية لو وضعت بتراض لا يعدل عنها لانها تتقدر بحسب ما يقع عليه الاتفاق كما روي
عن ابن عباس رضي الله عنهما انه قال صالح رسول الله صلى الله عليه وسلم اهل نجران على الفي حلة النصف في شهر صفر والنصف
في رجب يؤدونهما وعارية ثلاثين درعا وثلاثين فرسا وثلاثين بعيرا من كل صنف من اصناف يغزون بها
والمسلمون ضامنون لها حتى يردوها عليهم الحديث رواه ابو داود وكانوا نصارى وهم اول من اعطى الجزية من
اهل الكتاب وعن عمر بن عبد العزيز ان النبي صلى الله عليه وسلم كتب الى اهل اليمن ان على كل حالم منكم دينارا

او عدله من المعافر رواه الشافعي
قال وجزية توضع على الفقير في كل سنة اثنا عشر
درهما وعلى وسط الحال
وعلى المكثر ضعفه يعني اذا لم
توضع بالتراضي بل وضعه
بالقهر بان غلب الامام
على الكفار واقرهم على املاكهم
فيوضع على الغني المعتمل

١٣٤

فصل قال

فيسل هذه الحالة اثنا عشر درهما تؤخذ منهم في كل شهر درهم وعلى المتوسط اربعة وعشرون في كل شهر درهمان
وعلى المكثر وهو الغني الظاهر الغنا ثمانية واربعون درهما تؤخذ منهم في كل شهر اربعة دراهم نقل ذلك عن عمر
وعثمان وعلي والصحابة متوافرون ولم ينكر احد منهم فصار اجماعا وقال الشافعي يضع الامام على كل حالم
دينارا لما روينا قلنا ذلك بالصلح ولفظه يدل عليه فانه قال ان على كل انسان منهم دينارا ولم يجب على
الكل الا بالتراضي والصلح واما الجزية التي يضعها الامام ابتداء فقال لمعاذ من كل حالم وحالمة دينارا وهذا
تصريح بانها كانت بالصلح لان الحالمة ما يوجد منها الا به ولانها وجبت نصرة على المقاتلة فيجب على التفاوت
بمنزلة خراج الارض وهذا لان نصرة الدين واجب بالنفس والمال وبنفسه لا تصلح بخلاف المال فيجب على
التفاوت او نقول انها بدل عن النصرة بهما والنصرة بهما متفاوت بقوة النفس وكثرة الوفر فالفقير
ينصر راجلا والمتوسط راكبا والفائق يركب ويركب غلامه فكذا بدله ثم ذكر في المبسوط ان الفائق هو الغني
صاحب المال الكثير الذي لا يحتاج الى العمل ولا يمكن ان يقدر بشيء من المال بتقدير فان ذلك يختلف باختلاف
البلدان والاعصار ففي العراق من يملك خمسين الفا لا يعد وسط الحال وفي ديارنا من يملك عشرة آلاف يعد غنيا
فيجعل ذلك موكولا الى راي الامام والمتوسط الذي له مال لكنه لا يستغني بماله عن الكسب والفقير المعتمل هو الذي
يكسب اكثر من حاجته وذكر في النهاية معزيا الى الايضاح لو مرض الذمي السنة كلها فلم يقدر ان يعمل وهو موسر
لا يجب عليه شيء لما ذكرنا انه يجب على الصحيح المعتمل وكذا لو مرض اكثرها اقامة للاكثر مقام الكل وكذا
لو مرض نصف السنة في جانب الاسقاط العقوبة ذكره في الاختيار قال رحمه الله وتوضع على كتابي
ومجوسي ووثني عجمي لقوله تعالى من الذين اوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية ووضع عليه الصلاة والسلام الجزية على المجوس
وروي عن علي رضي الله عنه انه لم ياخذ الجزية من المجوس حتى شهد عبد الرحمن بن عوف ان النبي عليه الصلاة والسلام اخذها
من مجوس هجر رواه احمد والبخاري وجماعة اخر وروي ان عمر ذكر المجوس فقال لا ادري كيف اصنع في امرهم فقال
له عبد الرحمن بن عوف اشهد اني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول سنوا بهم سنة اهل الكتاب رواه الشافعي وهو
دليل على انهم ليسوا من اهل الكتاب وعن المغيرة بن شعبة انه قال لعامل كسرى امرنا نبينا صلى الله عليه وسلم ان نقاتلكم حتى
تعبدوا الله وحده او تؤدوا الجزية رواه احمد والبخاري وكانوا عبدة الاوثان وفيه خلاف الشافعي والحجة عليه ما ذكرنا
ولانه يجوز استرقاقهم فكذا يجوز ضرب الجزية عليهم لانه استرقاق معنى اذ به يلحق الصغار والذل ويؤدي كسبه للمسلمين
ونفقته في كسبه والرق اعظم من ذلك قال لا عربي ومرتد اي لا توضع الجزية على عبدة الاوثان من العرب ولا على
المرتد لغلظ كفرهما اما مشركو العرب فلانه عليه الصلاة والسلام نشأ بين اظهرهم والقرآن نزل بلغتهم والمعجزة في حقهم
اظهر لانهم كانوا اعرف بمعانيه ووجوه الفصاحة فغلظ عليهم قال الله تعالى تقاتلونهم او يسلمون واما المرتد فلانه كفر بربه
بعد ما هدي لمحاسن الاسلام وبعد ما هدي اليه فلا يقبل من الفريقين الا الاسلام او السيف زيادة في العقوبة في حقهم واذا ظهر عليهم
فنساؤهم وذراريهم فيء لانه عليه السلام كان يسترق ذراري مشركي العرب وابو بكر استرق نساء بني حنيفة وصبيانهم لما ارتدوا ومن لم يسلم من رجالهم قتل ولم يسترق لما ذكرنا ولهذا ذراري المرتدين ونساؤهم يجبرون على الاسلام ولا يجبر نساء عبدة الاوثان من العرب وذراريهم على الاسلام

١٢٥

قال وصبي وامرأة وعبد ومكاتب وزمن واعمى وفقير غير معتمل وراهب لا يخالط اي لا توضع على هؤلاء
الجزية لانها خلف عن النصرة وعقوبة ولا يجب عليهم النصرة بالقتال ولو ادرك الصبي وافاق المجنون وعتق العبد
وبرأ المريض قبل وضع الامام الجزية وضع عليهم وبعد وضع الجزية لا توضع عليهم لان المعتبر اهليتهم وقت الوضع
اذ الامام يخرج من يحقق حالهم ليضع على من هو اهل في ذلك الوقت والاصل بخلاف الفقير اذا ايسر بعد الوضع
حيث توضع عليه لانه اهل للجزية وسقطت عنه لعجزه وقد زال ذكره في الاختيار قال وتسقط بالاسلام
والموت اي الجزية وقال الشافعي لا يسقطان بعد مضي السنة لانها استقرت في ذمته بدلا عن العصمة او عن السكنى
وقد وصل اليه المعوض فلا يسقط عنه العوض كما في الاجرة والصلح عن دم العمد حيث لا يسقطان بالاسلام والموت
قلنا انها وجبت عقوبة على الكفر بعد الاسلام ولا يقيمها بعد الموت وقد قدر بالاسلام على النصرة بنفسه فلا
يجب عوضها وبالموت عجز عن الاسلام فلا يجب الخلف اذ شرطه تصور الاصل والعصمة تثبت بكونه ادميا على ما بينا
وهو يسكن ملك نفسه فلا معنى لايجاب بدلهما ولا يرد علينا الرق حيث يبقى بعد الاسلام لانه في حالة البقاء ليس
بعقوبة وانما هو من الامور الحكمية حتى يسري الى الولد تبعا بخلاف الجزية قال والتكرار اي يسقط بالتكرار
ومعناه اذا لم تؤخذ منه الجزية حتى حال عليه حولان وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله
لا يسقط فصار كخراج الارض بخلاف ما اذا اسلم على قولهما لانه بعد الاسلام تعذر استيفاؤها من الوجه الذي
شرعت هي اذ هو الصغار لان المسلم يوقر ولا يحقر والمشروع بصفة لا يؤخذ بدون تلك الصفة فسقطت
للتعذر ولابي حنيفة انها عقوبة وجبت على الكفر لتؤخذ منه على وجه الاذلال ولهذا لو بعثها على يد غلامه او
نائبه لا يمكن من ذلك في اصح الروايات بل يكلف ان يحضر بها بنفسه فيعطي قائما والقابض منه قاعد وفي
رواية ياخذ منه بتلبيبه ويهزه هزا ويقول له اعط الجزية يا ذمي والعقوبات الواجبة لله تعالى اذا اجتمعت
تداخلت اذا كانت من جنس واحد كالحدود الا ترى ان كفارات الافطار تتداخل وان كانت عبادة لما
فيها من معنى العقوبة فالعقوبة التي ليس فيها معنى العبادة اولى ولانها وجبت بدلا عن القتل في حقهم وعن
النصرة في حقنا وكل منهما يوجب السقوط لان القتل فلا يتصور فيه التكرار والكثرة ولهذا لو مات عند تمام
السنة او قبل التمام لا تؤخذ منه وخراج الارض قيل على هذا الخلاف وقيل لا تداخل فيه اتفاقا لانه يوجب مؤنة
الارض قائما مقام العشر ولهذا لا يجتمعان والعشر يتكرر فكذا هذا وفي الجامع الصغير من لم يؤخذ
منه خراج سنة حتى مضت السنة وجاءت سنة اخرى لم يؤخذ منه عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يؤخذ منه
فحمله بعض المشايخ على المضي مجازا وقال الوجوب باخر السنة فلا بد من المضي ليتحقق الاجتماع فيتداخل
والاصح ان الوجوب عندنا في ابتداء الحول وانه يجري على حقيقته فيتحقق الاجتماع بمجرد المجيء فظاهر قوله تعالى
حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون يدل على ذلك جعل الاعطاء غاية ينتهي اليه القتل فيجب ترك القتل في اول
السنة ... وهو الاعطاء ... الاسقاط ... فكذا الاعطاء ... القتل بترك القتل ... ولا يقتلوهم ... بالصلح عن دم العمد ولان المعوض سلم لهم في الحال فوجب عليهم العوض كذلك ولا يعكسهم القياس على الصلح ... الارضين لانه في مقابلة الانتفاع بالارض فلم يسلم لهم المنفعة

ثم إن لم يسلم لهم المنفعة لا تجب عليهم الأجرة ولا يلزمنا الزكاة لأنها إنما وجبت في آخر الحول ليتحقق النماء
إذ هي لا تجب إلا في المال النامي **قال** ولا تحدث بيعة ولا كنيسة في دارنا لقوله عليه الصلاة والسلام لا
خصاء في الإسلام ولا كنيسة أي لا إخصاء يقال خصاه يخصيه خصاء مثل فعال بمعنى الإخصاء وقيل هو
المراد بقوله تعالى ولآمرنهم فليغيرن خلق الله وقيل المراد التبتل والعزلة والامتناع عن النساء كما يفعل
رهبان النصارى فإنه خصاء معنى والمراد بالنهي عن الكنيسة إحداثها أي لا تحدث في دار الإسلام كنيسة في موضع
لم تكن فيه وبيت النار كالكنيسة **قال** ويعاد المنهدم أي لأن يعاد المنهدم من الكنائس والبيع القديمة
لأنه جرى التوارث من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا بترك الكنائس في أمصار المسلمين ولا
يقوم البناء دائما فكان دليلا على جواز الإعادة ولأن الإمام لما أقرهم عهد إليهم الإعادة لأن الأبنية لا
تبقى دائما ولا يمكنون من نقلها إلى موضع آخر لأنه إحداث في ذلك الموضع في الحقيقة والصومعة بمنزلة
الكنيسة لأنها تبنى للتخلي للعبادة كالكنيسة بخلاف موضع الصلاة في البيت لأنه تبع للسكنى وهذا في الأمصار دون
القرى لأن الأمصار هي التي تقام فيها شعائر الإسلام فلا تعارض بإظهار ما يخالفها ولهذا يمنعون من بيع
الخمر والخنازير وضرب الناقوس خارج الكنيسة في الأمصار لما قلنا ولا يمنعون من ذلك في قرية لا تقام الجمع
فيها والحدود وإن كان فيها عدد كثير لأن شعائر الإسلام فيها غير ظاهرة وقيل يمنعون في كل موضع لم
تشتهر فيه شعائرهم لأن في القرى بعض الشعائر فلا تعارض بإظهار ما يخالفها من شعائر الكفر والمروي عن
أبي حنيفة كان في قرى الكوفة لأن أكثر أهلها أهل الذمة وفي أرض العرب يمنعون من ذلك كله ولا يدخلون
فيها الخمر والخنزير ويمنعون من أن يتخذها المشركون مسكنا لما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال في مرضه الذي
مات فيه أخرجوا المشركين من جزيرة العرب رواه أحمد والبخاري ومسلم وعن عمر رضي الله عنه أنه سمع رسول الله
صلى الله عليه وسلم لأخرجن اليهود والنصارى من جزيرة العرب حتى لا أدع فيها إلا مسلما رواه أحمد ومسلم والترمذي
وصححه وعن عائشة رضي الله عنها أنها قالت آخر ما عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم أن قال لا يترك بجزيرة العرب دينان
وعن أبي عبيدة بن الجراح أنه قال آخر ما تكلم به رسول الله صلى الله عليه وسلم أن قال أخرجوا يهود أهل الحجاز وأهل
نجران من جزيرة العرب رواه أحمد وأجلى عمر رضي الله عنه اليهود والنصارى من أرض الحجاز فيما رواه البخاري **قال**
ويميز الذمي في الزي والمركب والسرج فلا يركب خيلا ولا يعمل السلاح ويظهر الكستيج ويركب سرجا كالأكاف إظهارا
للصغار عليهم وصيانة لضعفة المسلمين يقينا لأن من هو ضعيف اليقين إذا رآهم يتقلبون في النعم والمسلمين في محنة وشدة
يخاف عليه أن يميل إلى دينهم وإليه وقعت الإشارة بقوله تعالى ولولا أن يكون الناس أمة واحدة لجعلنا لمن يكفر بالرحمن
لبيوتهم سقفا من فضة الآية وحكاية قارون مع الضعفة من قوم موسى عليه السلام مشهورة ظاهرة ولأن المسلم يوقر والذمي يحقر
ويضيق عليه الطريق ولا يبدأ بالسلام فلو لم يكن له علامة يمتاز بها لما وقع التفريق بينهما فيعامل معاملة المسلمين وأول من
أمر أهل الذمة بالعلامة عمر رضي الله عنه ... في أيامه فمن أبى ... التفرقة بين المسلم والكافر إلا بالعلامة وقال عليه الصلاة والسلام ... ما دار ... بالعلامة ... والصلاة والسلام ... بالعلامة لأنهم كانوا معروفين ... بالمدينة واليهود والنصارى يخرجون لا يحتاجون إلى العلامة ولا يركبون الخيل لأنهم ليسوا من أهل الجهاد

ولا يلبسون طيالسة مثل طيالسة المسلمين ولا أردية مثل أرديتهم ولا كل لباس يختص بأهل العلم والزهد والشرف
وإن ركبوا لضرورة من سفر ونقل من مريض ينزلون في مجامع المسلمين ولا يمكنون من لبس زنانير الإبريسم
ولا يمنعون من الكستيج وصوف الخيط الغليظ ويؤمرون بتمييز نسائهم من نساء المسلمين في الطريق والحمام ويجعل على
دورهم علامة كي لا يقف عليها السائل فيدعو لهم بالمغفرة **قال** ولا ينتقض عهده بالإباء عن الجزية والزنا
بمسلمة وقتل مسلم وسب النبي صلى الله عليه وسلم وقال الشافعي ينتقض أمانه بالسب لأنه ينتقض الإيمان فكذا الأمان ١٢٦
بل أولى لأنه دونه وهو خلف عنه **ولنا** أن يهوديا قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم السام عليك فقال أصحابه
عليه الصلاة والسلام نقتله فقال لا رواه البخاري وأحمد فلم ينقض عليه الصلاة والسلام عهده ولم يقتله فيكون
حجة عليه وعلى مالك في وجوب القتل بسب النبي صلى الله عليه وسلم ولأن السب كفر منه والكفر المقارن لا يمنع
العهد فكذا الطارئ لا يرفعه وهذا لأن ما ينتهي به القتال التزام الجزية وقبولها لا أداؤها وهو باق
قال بل باللحاق ثمة أو بالغلبة على موضع للحراب أي بل ينتقض العهد باللحاق بدار الحرب أو بالغلبة
على موضع للحراب لأنهم صاروا بذلك حربا علينا فلا يفيد بقاء العهد بعد ذلك لأن المقصود من عقد الذمة
دفع الفساد وترك القتال **قال** وصاروا كالمرتد أي صاروا بالتحاقهم بدار الحرب أو بالغلبة صاروا
كالمرتد في حل قتلهم ودفع مالهم لورثتهم لأنهم التحقوا بالأموات بتباين الدارين غير أنهم يسترقون ولا
يجبرون على قبول الذمة بخلاف المرتد حيث لا يسترق ويجبر على الإسلام لأن كفر المرتد أغلظ فأوجب الزيادة
في العقوبة ولأن المقصود من كل واحد منهما أن يرجع إلى ما كان عليه فباسترقاق الذمي يحصل المقصود
منه وهو دفع فساده وصار به بذلك بخلاف المرتد لأن المقصود منه الإسلام فلا يحصل باسترقاقه فصار
كمشركي العرب والمال الذي لحق به دار الحرب يكون فيئا وليس لورثته أن يأخذوه كالمرتد بخلاف ما إذا رجع
إلى دار الإسلام بعد ما لحق بدار الحرب وأخذ شيئا من ماله ولحق به دار الحرب حيث يكون للورثة أن يأخذوه
لأنه حين التحق بدار الحرب ملكوه فللمالك القديم أن يأخذ ماله مجانا أو بعوض على ما بينا وقوله بل باللحاق
ثمة إلى آخره يفيد اختصاص ما ينتقض به العهد حتى لو قال نقضت بالقول لا ينتقض ذكره في المحيط **قال**
ويؤخذ من تغلبي وتغلبية بالغين المعجمة ضعف زكاتنا وقال زفر والشافعي لا يؤخذ من نسائهم لأنه جزية
في الحقيقة على ما قال عمر رضي الله عنه هذه جزية فسموها ما شئتم ولهذا تصرف في مصارف الجزية ولا جزية على
النساء كما لا جزية على الصبيان **ولنا** أن عمر رضي الله عنه صالحهم على ضعف الزكاة بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم
من غير نكير والزكاة تجب على النسوان دون الصبيان فكذا ضعفها والنساء أهل لوجوب المال بالصلح والمصرف
لمصالح المسلمين لأنه مال بيت المال وذلك لا يختص بالجزية فلا يلزم من صرفه فيه أن يكون جزية وكيف يكون جزية
وشرائطها من وصف الصغار وعدم قبوله من النائب والإعطاء من قائما والقابض قاعدا وأخذ التلبيب والهز
لا يراعى فيه **قال** ومولاه كمولى القرشي أي مولى التغلبي كمولى القرشي في عدم التبعية للمولى فإنهما لا يتبعان مولاهما في الجزية والخراج حتى توضعان عليهما وإن كان القرشي والتغلبي لا يوضعان عليهما وقال زفر رحمه الله يضاعف على مولى التغلبي لأنه ملحق بمولاه لقوله عليه الصلاة والسلام

فان مولى القوم منهم ولهذا حرمت الزكاة على مولى الهاشمي ولنا انه لحق بالمولى تحقيقا اذ التضعيف
احق لما ذكرنا انه ليس فيه وصف المقاتلة والمولى لا يلحق بالاصل في التخفيف الا ترى ان الجزية توضع
على مولى المسلم اذا كان كافرا بخلاف الحكم فيما لو وضع عليه الخراج وحرمة الصدقة لان الحرمات تثبت بالشبهات
فالحق مولى الهاشمي به حقيقا بالهاشمي وكان الاصل ان لا يلحق المولى بالاصل على ما بينا من مولى
المسلم وغيره ولكن ورد الحديث في حرمة الصدقة وهو ما روي ان ابا رافع مولى رسول الله صلى الله
عليه وسلم قال للنبي عليه الصلاة والسلام اتحل لي الصدقة فقال عليه الصلاة والسلام لا انت مولانا
ومولى القوم منهم وما ورد على خلاف القياس لا يلحق به ما ليس في معناه وليس هذا في معناه لانه
كان لاظهار فضيلة قرابته عليه الصلاة والسلام وتفضيلهم من تنتهي اليهم الا ترى ان مولى الغني
لا يلحق بالاصل في حرمة الصدقة اذ لا يوازي الهاشمي في الحاق هذه الكرامة او لان الغني اهل
لان يأخذ الصدقة وانما منعه منه عادة ولم توجد في حق المولى ذلك المعنى فجاز له الاخذ قال
والجزية والخراج ومال التغلبي وهدية اهل الحرب وما اخذنا منهم بلا قتال يصرف في مصالحنا كسد
الثغور وبناء القناطر والجسور وكفاية القضاة والعلماء والمقاتلة وذراريهم لانه ماخوذ بقوة
المسلمين فيصرف الى مصالح المسلمين وهؤلاء عملة المسلمين قد حبسوا انفسهم لمصالح المسلمين فكان
الصرف اليهم تقوية للمسلمين ولو لم يعطوا لاحتاجوا الى الاكتساب وتعطلت مصالح المسلمين في
نفقة الذراري على الاباء فيعطون كفايتهم كي لا يشتغلوا ابهما عن مصالح المسلمين ولا خمس في ذلك لانه عليه
الصلاة والسلام لم يخمس الجزية ولانه مال ماخوذ بقوة المسلمين بلا قتال بخلاف الغنيمة لانها ماخوذة با
لقهر والقتال فشرع الخمس فيها لا يدل على شرعه في الاخر ومن جملة هذا النوع ما ياخذه العاشر من اهل
الحرب واهل الذمة اذا مروا عليهم ومال نجران اهل وما صولح عليه اهل الحرب على ترك القتال قبل نزول
العسكر بساحتهم كل ذلك يصرف الى مصالح المسلمين لما ذكرنا ثم اعلم انه ما يجيء الى بيت المال انواع اربعة احدها
هو الذي ذكرناه مع مصرفه والثاني الزكوة والعشر ومصرفهما ما ذكره الله تعالى في قوله انما الصدقات
للفقراء الاية وهم سبعة اصناف وقد ذكرناهم في كتاب الزكوة والثالث خمس الغنائم والمعادن والركاز ومصرفه
ما ذكره الله تعالى في قوله فان لله خمسه الاية وقد ذكرناهم في اول كتاب السير والرابع اللقطات والتركات التي لا
وارث لها وديات مقتول لا ولي له ومصرفها اللقيط والفقير والفقراء الذين لا اولياء لهم يعطون منه نفقتهم وادويتهم
ويكفن به موتاهم ويعقل به جناياتهم وعلى الامام ان يجعل لكل نوع من هذه الانواع بيتا يخصه ولا يخلط بعضه
ببعض لان لكل نوع حكما يختص به فان لم يكن في بعضها شيء فللامام ان يستقرض عليه من النوع الاخر ويصرفه
الى اهل ذلك ثم اذا حصل من ذلك النوع شيء رده الى المستقرض منه الا ان يكون المصروف من الصدقات او من خمس الغنيمة

اذا حصل من ذلك النوع شيء رده الى المستقرض منه الا ان يكون المصروف من الصدقات او من خمس الغنيمة على اهل الخراج وهم فقراء فانه لا يرد فيه شيئا لانهم مستحقون للصدقات بالفقر وكذا في غيره اذا صرفه الى المستحق ويجب على الامام ان يتقي الله تعالى ويصرف الى كل مستحق قدر حاجته من غير زيادة

فان تصدق

فان قصد به وجه ذلك كان الله عليه حسيبا قال ومن مات في نصف السنة حرم من العطاء يعني
من مات ممن يقوم بمصالح المسلمين كالقضاة والغزاة ونحوهم لا يستحق من العطاء شيئا والعطاء اسم لما
يصرف اليهم لانه صلة فلا يملك قبل القبض كالمراة اذا ماتت ولها نفقة مفروضة في ذمة الزوج واسم
العطاء ينبئ عن الصلة وانما قال من مات في نصف السنة لانه لو مات في اخر السنة يستحب صرفه الى قريبه
لانه قد اوفى عناءه فيصرف اليه ليكون اقرب الى الوفاء ولو عجل له كفاية سنة ثم عزل قبل تمام السنة قيل يجب
رد ما بقي من السنة وقيل على قياس قول محمد في نفقة الزوجة يرجع وعندهما لا يرجع هو يعتبره بالانفاق على
امراة ليتزوجها وهما يعتبرانه بالهبة

باب المرتدين

قال يعرض الاسلام على
المرتد ويكشف شبهته ويحبس ثلاثة ايام فان اسلم والا قتل لقوله عليه الصلاة والسلام من بدل دينه فاقتلوه
رواه احمد والبخاري وغيرهما وعرض الاسلام عليه مروي عن عمر رضي الله عنه وهو مستحب على ما قالوا وليس
بواجب لان الدعوة قد بلغته غير انه يحتمل انه اعتراه شبهة فيعرض عليه لعله يعود الى الاسلام لان عوده
مرجو وفي الجامع الصغير المرتد يعرض عليه الاسلام فان ابى قتل ولم يذكر فيه الامهال وفيه روايتان وقال
الشافعي رحمه الله الامهال واجب لانه لا يحل للامام ان يقتله قبل مضي ثلاثة ايام لان ارتداد المسلم يكون عن شبهة
ظاهرا فلا بد من مدة يمكنه التامل فيها فقدرناه بالثلاث لانها مدة ضربت لابلاء الاعذار ولنا ما روينا
وقوله تعالى اقتلوا المشركين مطلقا ولانه كافر حربي بلغته الدعوة فيقتل للحال ولا فرق فيه بين الحر والعبد
لاطلاق الدليل فان ارتد وتاب ثم ارتد ثم تاب تقبل توبته وهكذا ابدا لانا نحكم بالظاهر وكان عليه السلام
يقبل ظاهر الاسلام من المنافقين وقال عليه الصلاة والسلام لمن قتل شخصا بعد ما اسلم هلا شققت عن قلبه وعن
ابي يوسف انه اذا تكرر منه الارتداد يقتل من غير عرض الاسلام عليه لانه مستخف بالدين قال واسلامه
ان يتبرا عن الاديان او عما انتقل اليه اي كيفية توبته ان يتبرا عن الاديان كلها سوى دين الاسلام ولو
تبرا عما انتقل اليه صح لحصول المقصود والاول اولى لان المرتد لا دين له قال وكره قتله قبله اي كره
قتله قبل عرض الاسلام عليه لان في قتله تفويت العرض المستحب وقال صاحب الهداية يعني الكراهية هنا ترك
المستحب قال ولم يضمن قاتله لان الكفر بوصف الحراب مبيح والعرض بعد بلوغ الدعوة غير واجب فلم يضمن
لذلك ولقوله عليه الصلاة والسلام من بدل دينه فاقتلوه قال ولا تقتل المرتدة بل تحبس حتى تسلم
وقال الشافعي تقتل لما روينا ولان قتل الرجل لتغلظ جنايته وقد شاركته فيها فتشاركه في جزائها كالقصاص
والرجم ولنا ان المبيح للقتل كفر المحارب بدليل ما روي عنه عليه الصلاة والسلام انه نهى عن قتل الكافرات بخلاف
ما ذكر من القصاص وغيره لان الحكم فيه معلق بالجناية دون الحراب وجزاء الكفر لا يقام في الدنيا لانها دار الابتلاء
على ما عرف والمراد بالحديث المحارب لنا والا لوجب قتل الشخص اذا اسلم لانه بدل دينه وهو الكفر بالاسلام والذي

يدل على انه الحديث يرويه ابن عباس ومذهبه ان المراة لا تقتل دون العجب ان الشافعي اوجب القتل على اليهودي اذا تنصر او بالعكس عملا بهذا الحديث ولا معنى له لان الكفر كله ملة واحدة ثم انتقاله من كفر الى كفر لا يزيده خبثا ولانه فيه امثالا بان يرجع الى ما كان عليه من الكفر

سوى الاسلام

والأمة بالكفر كفر فلا يجوز وإذا لم يقتل المرتدة تحبس إلى أن تسلم لأنها ارتكبت جريمة عظيمة فتحبس حتى
تتوب كي تخرج منها وتضرب في كل ثلاثة أيام مبالغة في الإسلام ولو قتلها قاتل لا يجب عليه شيء للشبهة والأمة
يجبرها مولاها لأن فيه من الجمع بين الحقين بأن تجعل منزل المولى سجنا لها ويفوض التأديب إليه مع توفير حقه
في الاستخدام وقال في الأصل دفعت إليه إذا احتاج إليها والصحيح أنها تدفع إليه احتاج أو لم يحتج طلب أو لم يطلب
لأن الحبس تصرف فيها وذاك إلى المولى. **قال** ويزول ملك المرتد عن ماله زوالا موقوفا فإن أسلم عاد
ملكه وإن مات أو قتل ورث كسب إسلامه وارثه المسلم بعد قضاء دين الإسلام وكسب ردته فيء بعد
قضاء دين ردته وهذا عند أبي حنيفة وعندهما لا يزول ملكه كالمحكوم عليه بالرجم والقود ولأنه مكلف
فيكون كامل الأهلية وذلك ببقاء ملكه ولأنه لا يمكنه القيام بما كلف إلا ببقاء ملكه ضرورة التمكين وله
أن الملك عبارة عن القدرة والاستيلاء وإنما يكون ذلك باعتبار العصمة وقد زالت عصمة نفسه بالردة
لأنه يصير محاربا حتى يقتل وكذا عصمة ماله لأنه تبع لها ولأنه هالك حكما فصار كالهالك حقيقة إلا
أنه يدعى إلى الإسلام بالإجبار عليه ويرجى عوده إليه لوقوفه على محاسنه ولم يتم سبب الزوال فتوقف
فتوقفنا في أمره فإن أسلم جعل كأن لم يزل مسلما ولم يعمل السبب عمله فإن مات أو قتل في ردته استقر
كفره فعمل السبب عمله وزال ملكه وانتقل ما اكتسبه في إسلامه لورثته المسلمين وما اكتسبه في حال ردته
فيء عملا بالدليلين وعندهما كلاهما لورثته المسلمين إن فضل من الدين وقال الشافعي كلاهما فيء لأن
المسلم ما يفرق لا سيما المرتد وإنه لا يرث أحدا فوجب أن لا يرثه أحد كالرقيق وهذا لأن اتحاد الملة سبب
الإرث واختلافهما سبب الحرمان وهذا لأنه موافقة يخالفه أولى فإذا انتفت الوراثة وهي مال
حربي لا أمان له فيكون فيئا للمسلمين **ولنا** أنه كان مسلما ماله ماله فإذا تم هلاكه يخلفه وارثه في ماله كما لو مات
مسلما وهذا لأن الردة هلاك إلا أن تمامه بالموت أو القتل فإذا تم استند التوريث إلى أول الردة وقد كان
مسلما عند ذلك فيخلفه وارثه المسلم فيه فيكون توريثا من المسلم إذ الحكم عند تمام سببه يثبت من أول السبب كالبيع
كالبيع بشرط الخيار إذا أجيز يثبت الملك فيه من وقت العقد حتى يستحق المبيع بزوائده المتصلة والمنفصلة ولهما
أن ملكه في الكسبين بعد الردة باق لما ذكرنا فينتقل إلى ورثته بموته فيستند إلى ما قبل ردته فيكون توريث المسلم
من المسلم ويمكن إسناد كسب الردة إلى ما قبل الردة نظرا إلى سبب الكسب وهو نفسه فيجعل كأن الكسب موجود
وله أن إسناد التوريث إلى أول الردة في كسب الإسلام ممكن لوجوده عندها ولا يمكن إسناد التوريث في كسب
الردة لعدمه عندها ومن شرط الإسناد أن يكون موجودا عنده فلم يثبت فيه حكم التوريث لثبت مقتصرا على الحال
وهو كافر عند الاكتساب فالمسلم لا يرث الكافر ثم اختلفت الروايات عن أبي حنيفة فيمن يرث المرتد فروى الحسن عنه
أنه يرثه من كان وارثا له وقت ردته وبقي كذلك إلى وقت موته أو قتله أو القضاء بلحاقه حتى لو مات وارثه قبله
وقت الردة لا يبطل
أبو يوسف عنه أنه يعتبر وجوده
بقاء المبيع والمتعاقدين وروى
كان في البيع الموقوف حيث يشترط فيه
تمام السبب لأن أوان الإجازة
انعقد له ويشترط بقاؤه إلى الوقت
السبب لا يعتبر إلا الحق منه
أو علوق حادث للوراثة لأن
بعد ارتداده بعتق أو إسلام
أو حدث له وارث آخر

بموته أو بشي

بموته أو بشيء أخف قبل موت المرتد لأن ردته في حكم الموت فلا يعتبر إلا عندها وروى محمد عنه أنه يعتبر كونه
وارثا عند موت المرتد أو قتله أو القضاء بلحاقه وهو الأصح لأن الحادث بعد انعقاد السبب قبل تمامه كالموجود
عند ابتداء السبب ألا ترى أن الزيادة التي تحدث من المبيع قبل القبض تجعل كالموجودة عند ابتداء العقد إذا
قبضه مع الأصل صار له حصة من الثمن وترثه امرأته المسلمة إذا مات أو قتل أو قضي عليه باللحاق وهي في
العدة لأنه صار فارا بالردة إذ الردة بمنزلة المرض لأنها سبب الموت فيتعلق حقها بماله وينبغي أن ترث
على رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة رضي الله عنهما إذا مات أو قتل أو قضي عليه باللحاق بعد انقضاء عدتها أو ارتد
قبل الدخول بها لأنه يشترط أن يكون وارثا إلا عند الردة في تلك الرواية فلا يتعلق حقها بماله والزوجية قد
انقطعت بالارتداد إلا أن تكون معتدة منه ثم لأن حقه تعلق بمالها في مرضها فيعتبر فارة بالارتداد
كتقبيلها ابن زوجها أو فسخها النكاح بخيار البلوغ ونحوها ويرثها أقاربها جميع مالها حتى المكسوب في ردتها
لأنها لا حراب منها فلم يوجد سبب الفيء بخلاف المرتد عند أبي حنيفة على ما بينا. **قال** وإن حكم بلحاقه عتق
مدبروه وأم ولده وحل دينه لأنه باللحاق صار من أهل الحرب وهم أموات في حق أحكام أهل الإسلام لانقطاع
ولاية الإلزام كما انقطعت عن الموتى فصار كالموت إلا أنه لا يستقر لحاقه إلا بحكم الحاكم لاحتمال أن يعود إلينا
فلا بد من القضاء وفيه خلاف الشافعي بناء على أنه لا تختلف الدار عنده إذ الدنيا كلها دار واحدة وتحت
تدبيرنا المعنى فإذا ثبت أنه موت ثبت أحكام الموتى من عتق المدبر وأم الولد وحلول الدين الذي عليه فيقضى كل
دين من الكسب في تلك الحالة من الردة والإسلام على ما تقدم لأن المستحق بالسببين مختلف لحصول كل واحد
من الكسبين باعتبار سببه الذي وجب فيه الدين فيقضى كل دين من الكسب في تلك الحالة ليكون الغرم بالغنم
هذه رواية عن أبي حنيفة وعنه أنه يبدأ بكسب الإسلام في قضاء الدينين فإن لم يف بذلك تقضى من كسب الردة
لأن كسب الإسلام ملكه حتى تخلفه الوارث فيه ومن شرط هذه الخلافة الفراغ عن حق الميت فيقدم الدين عليه
أما كسب الردة فليس بمملوك له لبطلان أهلية الملك بالردة عنده فلا يقضى دينه إلا إذا تعذر قضاؤه
من محل آخر فحينئذ يقضى به كالذمي ولا وارث له يكون ماله لجماعة المسلمين ولو كان عليه دين يقضى منه
كذا هذا وعنه أنه يبدأ بكسب الردة فإن لم يف بذلك يقضى من كسب الإسلام لأن كسب الإسلام حق الورثة
وكسب الردة خالص حقه فكان قضاء الدين منه أولى إلا إذا تعذر بأن لا يفي فحينئذ يقضى من كسب الإسلام تقديما
لحقه وعندهما يقضى ديونه منهما لأن الكل ملكه حتى يجري الإرث فيهما ويعتبر كونه وارثا عند لحاقه في قول محمد
لأن اللحاق هو السبب والقضاء لتقرره لقطع الاحتمال وقال أبو يوسف يعتبر وقت القضاء لأنه يصير موتا بالقضاء
والمرتدة إذا لحقت بدار الحرب فهي على ما ذكرنا وبطلت عنها العدة لأنها صارت كالميتة ولا عدة على الأموات ولزوجها
أن يتزوج أختها وأربعا سواها من ساعته لانعدام العدة عليها كالميتة وإن عادت مسلمة أو ذمية لم يتعرض
وتوقف مبايعة وعتقه فإن أمن
قلت على الإسلام لما قلنا
الولد يتبعها لكونها الحجر على
وإن كانت الولادة لأكثر من ستة أشهر
من وقت الردة ثبت نسبه من الزوج
في دار الحرب لا تقام
لعدم العدة عليها ولو ولدت
أن تتزوج من ساعتها لهدم
الدنيا عنها لا يعود لها
حكم الأموات والأربع

١٣٨

وان هلك بطل وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد تجوز تصرفاته في الوجهين لان صحة التصرف
تعتمد الاهلية وهي تثبت بالخطاب وهو بالعقل ونفاذ التصرف يعتمد الملك وهو ثابت ولو زال الملك لزال الي
ورثته ولم يقل به احد ولهذا لا ينفذ تصرفاتهم في ماله الا تري انه لو ولد له ولد بعد الردة لستة اشهر فصاعدا
من امراة مسلمة او امة مسلمة يرثه ولو مات ولده قبل حكم القاضي باللحاق لا يرثه فدل على قيام ملكه فيصح تصرفه و
ينفذ ثم اختلفا فيما بينهما فعند ابو يوسف يصح مثل ما يصح من الصحيح لان الظاهر عوده الى الاسلام اذ الشبهة تزاح
فلا يقتل فصار كالمرتدة ولا يجعل كالمشرف على الهلاك وعند محمد رحمه الله يصح مثل ما يصح من المريض لانه لا يرجع
الى الاسلام ظاهرا فيقتل لان من انتحل الى نحلة قل من يتركه لا سيما اذا كان معرضا عما نشا فيه فيفضي الى القتل
ظاهرا بخلاف المرتدة لانها لا تقتل ولابي حنيفة رحمه الله انه حربي مقهور في ايدينا حتى يقتل وكونه حربيا مقهورا
بسبب لزوال ملكه ومالكيته وبطلان تصرفاته غير ان الاسلام من حد منه لبقاء الاجبار على الاسلام فقلنا
بتوقف تصرفاته لتردد حاله بين القتل والاسلام بخلاف حربي دخل دارنا بغير امان لانه صار فيئا ابدا حتى لو دخل دارنا
بغير امان لا تحصل فيئا ولهذا لا يملك من اخذه بل يرده الى بيت المال لانه كما دخل دارنا وقع في ايدي
المسلمين لان لهم يد الدار فيرده الى مالهم بخلاف المقضي عليه بالرجم والقود لان الفعل لم يجب قتال
لسبب زوال العصمة ولهذا لو قتله قاتل غير من له القتل يجب فيه القصاص وانما هو جزاء الجناية فلم يجب
خلا فيه بخلاف المرتدة لانها لم تقتل فلم يثبت لها حكم اهل الحرب حتى تلتحق بدار الحرب فتصير حربية
حينئذ ثم اعلم ان تصرفات المرتد على اربعة اقسام نافذ بالاتفاق كالاستيلاد والطلاق وقبول الهبة وتسليم
الشفعة والحجر على عبده المأذون لانها لا تستدعي الولاية ولا تعتمد حقيقة الملك حتى صحت هذه التصرفات من العبد
مع قصور ولايته وباطل بالاتفاق كالنكاح والذبيحة والارث لانها تعتمد الملة ولا ملة له وموقوف بالاتفاق
كالمعاوضة والتصرف على ولده الصغير وماله لانها تعتمد المساواة ولا مساواة بين المسلم والمرتد ما لم
يسلم ومختلف في توقفه وهذا ما بيناه بدليله قال وان عاد مسلما بعد الحكم بلحاقه فما وجده في يد وارثه
اخذه والالا اي ان لم يجده فليس له ان يضمنه بعد ما تصرف فيه الوارث وانما يأخذ عين ماله لان الوارث كان خلفه
لاستغنائه عنه فاذا ظهرت عادت حاجته وبطل حكم الخلف ولو عاد بعد الموت الحقيقي كان الحكم كذلك ثم انما يعود
الى ملكه بقضاء او برضاء من الوارث لانه دخل في ملكه بحكم شرعي فلا يخرج عن ملكه الا بطريقه ولهذا ليس له ان يضمنه
بعد ما اخرجه عن ملكه او اتلفه ولا سبيل له على امهات اولاده ومدبريه لان القاضي قضى بعتقهن عن ولاية شرعية فلا يمكن
نقضه ولو جاء مسلما قبل ان يقضي القاضي بذلك لم يخرج عن ملكه فكانه لم يزل مسلما ومدبروه وامهات اولاده على ملكه
ونظيره العبد المبيع اذا ابق قبل القبض فان عاد بعد القضاء بالفسخ لا يبطل القضاء وتم الفسخ وان عاد قبل القضاء به
فالبيع صحيح على حاله فكانه لم يأبق قال ولو ولدت امة له نصرانية لستة اشهر منذ ارتد فادعاه فهي ام ولده وهو
ابنه ولا يرثه [illegible]
مسلمة ورثه الابن ان
مات على الردة او لحق
بدار الحرب اما صحة الاستيلاد
فلما بينا واما امتناع الارث
فلانه منه تبوت نسبه منه فلان الاصل
كانت نصرانية يكون الولد مرتدا
تبعا لابيه لانه اقرب الى الاسلام
منها لكونه مجبورا على الاسلام دونها
والمرتد لا يرث احدا وهذا
فائدة تقييده بستة اشهر
وبكونها نصرانية

لانه لو ولد له لاقل من ستة اشهر او كانت الامة مسلمة يرث اما الاول فلتيقننا بوجوده في البطن قبل
الردة فيكون مسلما تبعا للاب بخلاف ما اذا جاءت به لستة اشهر لانا لم نتيقن بوجوده عند الردة حتى
يكون مسلما تبعا له ولا يمكن ان يجعل تبعا للدار حتى يكون مسلما لان تبعية الدار لا يظهر مع الابوين بخلاف الولد
الصغير اذا ارتد ابواه حيث يجعل مسلما تبعا للدار ما لم يلحقا به دار الحرب لانه ثبت له حكم الاسلام قبل ردتهما
فيبقى على تلك الصفة ما لم يلحقوا به دار الحرب بخلاف ما نحن فيه فانه لم يثبت له حكم الاسلام واما الثاني وهو ما
اذا كانت الامة مسلمة فالولد مسلم تبعا لها اذ هي خيرهما دينا والمسلم يرث المرتد ولكن لا يتصور هذا
في قول ابي حنيفة الا في الرواية التي رواها عنه محمد فانه يعتبر كونه وارثا وقت الموت او القتل والقضاء باللحاق
واما على الروايتين الاخريين فلا يتصور ان يرث لعدم كونه وارثا عند الردة قال وان لحق المرتد بماله
فظهر عليه فهو فيء يعني ليس لورثته عليه سبيل لان ملكهم فيه غير ثابت حيث لحق معه ابتداء فسقطت عصمته
باللحاق وكذا عصمة ماله لانه تبع النفس فيكون ماله فيئا اذا وقع في غنيمة لا سبيل لورثته فيه وكذا اذا اخرجه تاجر
لما ذكرنا بخلاف نفسه حيث لا يكون فيئا لان المرتد لا يسترق على ما بينا من قبل قال فان رجع وذهب بماله
وظهر عليه فلوارثه اخذه لانه لما لحق بدار الحرب ملكته الورثة فصار كالقديم ان يأخذ ماله قبل القسمة بغير شيء
وبعدها او من التاجر بالعوض على ما بينا وهذا اذا رجع بعد حكم الحاكم باللحاقه واما اذا رجع قبل الحكم به واخذ ماله
ولحق به ثانيا فلا سبيل لورثته على ذلك لانهم لم يملكوه قبل حكم الحاكم باللحاقه على ما بينا غير مرة وقال في النهاية
في ظاهر الرواية وهو جواب هذا الكتاب يعني الهداية يرد على الورثة ايضا لانه متى لحق بدار الحرب فالظاهر انه لا
يعود فكان ميتا ظاهرا وهذا مشكل لان الملك للورثة لا يثبت الا بالقضاء فكيف يثبت هنا وقال في الكافي القضاء مرجح
جانب عدم الرجوع الى دارنا فيتقرر موته حين اللحوق ولما خرج الينا مغيرا ورجع بماله ظهر انه لا يريد
العود الى دارنا فيتقرر موته من حين اللحوق بدار الحرب فيكون ماله لورثته من ذلك الوقت وقال في النهاية وفي
بعض روايات السير يكون فيئا لا حق للورثة فيه لان حق الورثة لا يثبت الا بالقضاء قال وان لحق وقضى
بعبده لابنه فكاتبه فجاء مسلما فالمكاتبة والولاء لمورثه وهو المرتد الذي اسلم لان ملك الوارث خلف عن ملك المورث
لاستغنائه فاذا جاء مسلما تبين انه محتاج اليه فيعاد اليه ملكه غير ان الكتابة لا يمكن فسخها لصدورها عن ولاية شرعية
فجعلنا نائبا عنه وحقوق العقد فيه ترجع الى الموكل والولاء لمن يقع العقد عنه نظيره المكاتب اذا كاتب عبده ثم عجز وصحت
الكتابة الاولى تبقى الثانية على حالها وتكون بدل الكتابة وولاؤه لمولاه بخلاف ما اذا رجع بعد اداء الكتابة لان الملك الذي
كان له غير قائم بعده وبخلاف ما اذا باعه لما قلنا ولا يقال المكاتب لا يقبل الانتقال فكيف انتقل الى المرتد الذي اسلم لانا نقول
هذا ليس بانتقال وانما هو سقوط ولاية الخلف عند ظهور ولاية الاصل قال فان قتل مرتد رجلا خطأ ولحق بدار
الحرب وقتل فالدية في كسب الاسلام خاصة وهذا عند ابي حنيفة وقالا الدية فيما اكتسبه في حالة الاسلام والردة جميعا
لان العاقلة لا تعقل المرتد
لعدم النصرة فتكون في ماله
خاصة وماله عندهما المكتسب في
حالة الاسلام والردة جميعا لنفوذ
تصرفاته في الحالين ولهذا يجري
الارث في الكل عندهما وعنده مال
المكتسب في حالة الاسلام خاصة
لنفوذ تصرفه في تلك الحالة دون
المكتسب في حالة الردة لتوقف تصرفه
فيها ولهذا كان الاول ميراثا عنه
والثاني فيئا وينبغي ان يكون هذا على
المتقدمة عن ابي حنيفة رضي
مع انه [illegible] الروايات

١٢٩

يكتسب الردة او الاسلام وكل دين يقضى من كسبه في تلك الحالة هذا اذا قتل او مات قبل ان يسلم واما اذا اسلم ثم
مات او لم يمت يكون في الكسبين جميعا بالاتفاق لان الكل ماله ولهذا الحربي الارث فيه بالاتفاق **قال** ولو
ارتد بعد القطع عمدا ومات او لحق وجاء مسلما فمات منه ضمن القاطع نصف الدية في ماله لورثته اي لو
قطعت يد المسلم عمدا فارتد والعياذ بالله ثم مات على ردته من ذلك او لحق بدار الحرب ثم جاء مسلما
فمات من ذلك فعلى القاطع نصف الدية من ماله خاصة لان العاقلة لا تعقل العمد اما الاول وهو ما
اذا ارتد بعد ما قطعت يده ومات من القطع فلان السراية حلت محلا غير معصوم فاهدرت بخلاف ما اذا
قطعت يده ~~ومات من القطع~~ بدا المرتد ثم اسلم ومات من ذلك حيث لا يضمن شيئا لان ما هدر لا يلحقه الاعتبار
بخلاف المعتبر فانه قد يهدر بالابراء فكذا بالردة فيجب عليه ضمان ما اتلف وهو معصوم اليد
دون النفس ونظيره البيع او الاعتاق حتى لو قطعت يد عبده ثم باعه او اعتقه لا يضمن الجاني الا بدون ان
مات بعد الردة عليه بالقسم لانه صار متبدلا له بهذا التصرف واما الثاني وهو ما اذا لحق بدار الحرب
بعد الردة وقضى القاضي بلحاقه فلانه صار ميتا تقديرا والموت يقطع السراية واسلامه حياة حادثة تقديرا
فلا يعود حكم الجناية الاولى واذا لم يقض القاضي بلحاقه حتى عاد مسلما ثم مات من القطع فهو بمنزلة ما لو
مرتد قبل ان يلحق بدار الحرب وفيه خلاف محمد وزفر على ما نبينه ان شاء الله تعالى لان حكم الالحاق لا يثبت الا بحكم الحاكم
قال وان لم يلحق واسلم ومات ضمن الدية اي كاملة وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد وزفر
يضمن نصف الدية لان اعتراض الردة اهدر السراية فلا ينقلب بالاسلام معتبرا وهذا لان الردة يعني
لو مات عليها لا تجب بالسراية شيء فكذا اذا لم يمت عليها فصار كعبد قطعت يده ثم باعه المولى ثم اشتراه او
تقايلا ثم مات لم يجب على القاطع الا دية اليد كما لو مات في يد المشتري لما ذكرنا ولانه بالردة اهدر دمه فصار
مبرئا له عن ضمان النفس كما لو باع عبده بعد القطع على ما ذكرنا ولهما ان الجناية وردت على محل معصوم وتمت
على محل معصوم فتوجب كل الدية كما لم تتخلل الردة بينهما وهذا لانه معتبر لقيام العصمة في حال بقاء الجناية
وانما المعتبر قيامها في حال انعقاد السبب وفي حال ثبوت الحكم وفيما بين ذلك غير معتبر في حق هذا الحكم فصار كاشتراط
قيام الملك في حالة اليمين وحالة وجود الشرط [illegible] في حال انعقاد السبب وتمامه والردة ليست
بابراء عن الجناية وضعا ولا شرعا بل هي لتبديل الدين الا انه اذا تمت من غير ابراء بان لم يكن ثم جناية عليه
الا انه لو مات على تلك الحالة لا يجب الضمان بانتفاء المحل لكون دمه هدرا بخلاف ما اذا باع العبد الجاني عليه لان البيع
وضع لقطع ملكه والضمان بدل ملكه فاذا انقطع الاصل قصدا انقطع البدل ايضا فصار كالابراء **قال** ولو ارتد
المكاتب ولحق واخذ بماله وقتل فما بقيته لمولاه وما بقي لورثته لانه لم يزل ملك المولى عن رقبته بالردة غير انه صار
دمه مباحا وباباحة دم العبد لا يزول ملك سيده عنه كما لو وجب عليه قود والكتابة لا تبطل بالردة واللحاق بدار الحرب

الردة الا ترى ان المرتد بالردة لان الرق اقوى في المنع من ولا يمنع ذلك بالرق فاولى ان لا يمتنع
[illegible] بعقد الكتابة وهو باق على ما بينا المكاتب انما يملك المال والتصرف بها
الا هو واما على قول ابي حنيفة فلان والتصرف على حاله وهذا على قولهما
ان لا يبطل بيعه ملكه ما لكه الموت فالحكمي اولى لان الكتابة لا تبطل بحقيقة

يملك بعض التصرفات بالاجماع وبعضها فيها الخلاف فاذا كانت الكتابة باقية يؤدي المولى كتابته وما بقي يكون
لورثته كما في الموت الحقيقي فان قيل اذا ادى عن وفاء حكم بعتقه في آخر جزء من اجزاء حياته فتبين ان ما كان كسبه
كسب مرتد حر فوجب ان يكون فيئا على مذهبه قلنا حكمنا بحريته في آخر جزء من اجزاء حياته في حق الحقوق
المستحقة بالكتابة وهي حرية نفسه واولاده وملك كسب رقبته وفيما عدا ذلك من الاحكام بقي عبدا الا ترى انه
لا تصح وصيته وان ترك وفاء لان الوصية ليست من الحقوق المستحقة بالكتابة فكذا لا يكون كسبه فيئا لان كسب
العبد المرتد لا يكون فيئا ولا يجعل حرا في حق نفسه **قال** ولو ارتد الزوجان ولحقا فولدت فولد له
ولد فظهر عليهم فالولدان فيء ويجبر الولد على الاسلام لا ولد الولد اي اذا ارتد الرجل وامرأته ولحقا بدار الحرب
فولدت المرأة هناك ولدا وولد لولدها ولد ثم ظهر عليهم جميعا فولدها وولد ولدها فيء ويجبر ولدها
على الاسلام لا ولد ولدها لان الولد يتبع الام في الحرية والرق والمرتدة تسترق فكذا ولدها ويجبر الولد
على الاسلام تبعا لابويه لان الاولاد يتبعون الآباء في الدين لقوله عليه الصلاة والسلام كل مولود يولد على الفطرة
فابواه يهودانه وينصرانه ويمجسانه الحديث رواه البخاري ومسلم واحمد وقيل لرسول الله صلى الله عليه وسلم ارأيت
من يموت منهم قال الله اعلم بما كانوا عاملين فيكون حجة لابي حنيفة ومحمد في توقفهما في اطفال المشركين فاذا تبعهما
يجبر على الاسلام كما يجبران عليه ولا يقتل تبعا لابيه لانه كافر اصلي وليس بمرتد حقيقة فيكون حكمه في القتل حكم
كافر اصلي وولد الولد يسترق ولا يقتل لما ذكرنا وهل يجبر على الاسلام فيه روايتان في رواية يجبر رواها الحسن
عن ابي حنيفة تبعا لجده وفي رواية لا يجبر لانه لو اجبر اما ان يجبر تبعا لابيه ولا وجه له لان اباه كان تبعا لابويه
والتبع لا يكون متبوعا او تبعا لجده ولا وجه له لان [illegible] تبعية الآباء في الدين على خلاف القياس
فلا يلحق به الجد ولو لحق لكان الناس كلهم مسلمين تبعا لآدم وحواء عليهما السلام ولم يوجد في ذريتهما كافر
غير المرتد واصل هذين الروايتين مبني على ان ولد الولد يكون مسلما باسلام جده ام لا ففي رواية الحسن يكون
مسلما فاذا تبعه في الاسلام يتبعه في الاجبار عليه ايضا وفي رواية لا يتبعه في الاسلام فكذا في الاجبار والمسائل
التي جعل الجد فيها كالاب اربعة كلها تخرج على الروايتين احداها هذه والثانية صدقة الفطر اذا كان الجد
موسرا فهل تجب عليه صدقة فطر الحافد والثالث الوصية وهو ما اذا اوصى لاقربائه هل يدخل الجد فيها او لا
والرابع جر الولاء وهو ما اذا اعتق الجد هل يجر ولاء الحافد الى مولاه ام لا ففي ظاهر الرواية لا يكون في هذه المسائل
الجد كالاب **قال** وارتداد الصبي العاقل كاسلامه ويجبر عليه ولا يقتل وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال
ابو يوسف ارتداده ليس بارتداد واسلامه اسلام وقال زفر والشافعي ارتداده ليس بارتداد ولا اسلامه
باسلام لانه يلزمه احكام تشوبها مضار كحرمان الارث ولزوم الفرقة بينه وبين امرأته المشركة او المسلمة و
امتناع وجوب نفقته على ابويه او غيرهما من اقاربه ولانه تبع لابويه فلا يجعل اصلا اذ التبعية دليل العجز

ايمان على تقدير عليه الصلاة والسلام [illegible] رواه احمد [illegible] كفورا [illegible] وامة عن ابيه فاذا اعرب كل مولود يولد على الفطرة عليه الصلاة والسلام قال ابو يعلى [illegible] عن جابر [illegible] والعتاق وغيرها [illegible] الفادة قال ابو يوسف ان الارتداد من التصرفات [illegible] واحد والابوين [illegible] يجتمعان في [illegible] الاصالة دليل القدرة

ايمان علي رضي الله عنه وكان قد آمن صبيًا وافتخاره بذلك معروف وكان يقول سبقتكم الى الاسلام
طرًّا غلامًا ما بلغت اوان حلمي وسبقتكم الى الاسلام قهرًا بصارم همتي وسنان عزمي وذكر
جعفر انه اسلم ابن خمس سنين وذكر القتبي انه حين كان ابن سبع سنين وعن عروة انه
قال اسلم علي وعمره ثمان سنين اخرجه البخاري ولانه اي الحقيقة وهو التصديق بالجنان و
الاقرار باللسان وكان اي الحقيقة الكفر وهو الجحود والانكار فلا مرد للحقايق وهذا لان
الاقرار عن طوع دليل الاعتقاد فلا سبيل الى رده ولا الحجر عنه لان الحقايق لا تحجر عنها كما لا
تحجر في حق سائر افعاله حتى وجب عليه الضمان باتلافه مال الغير شرعًا وفسد صومه بالاكل
وهو صايم فلا يعذر فيه ولا يعد ذلك عبثًا والحجر عن الاسلام كفر ولا يليق بالشارع ولا يمكن رده
لضرر يلحقه في الدنيا وما تعلق به سعادة ابدية ونجاة سرمدية هي من اصل المنافع وهو الحكم الاصلي
الذي يترتب على الاسلام ثم يبتنى عليه غيره فلا ينال الشتوية لان المعتبر هو الحكم الموضوع له لا يلزمه
في ضمنه وقوله تبع لابويه فلا يجعل اصلًا الى آخره قلنا انما جعل تبعًا لتوقيف المنفعة عليه وفي اعتباره
فعله بنفسه بطريق الاصالة مع انها التبعية تحصل المنفعة بطريقين وذلك انفع له وانما يمتنع الجمع بينهما
اذا كان معارضة واما اذا تايد احدها بالآخر فكلا الا ترى ان التبع اذا نوى السفر كالمراة ونحوها
ما دام مسافرًا ابيته وبنيته اصله لما قلنا فان قيل لو صح اسلامه لكان ذلك منه فرضًا لاستحالة الايمان نفلًا
بخلاف سائر العبادات فانها متنوعة بين الفرض والنفل فاذا صار فرضًا لم يصح لزم ان يكون مخاطبًا ولا
قايل به فاذا لم يكن تصحيحه فرضًا لم يصح بخلاف ما اذا جعل مسلمًا تبعًا لان صفة الفرضية في الاصل مغنية
عن اعتباره في التبع ولانه لو كان عقله معتبرًا لوقعت الفرقة بينه وبين امراته اذا لم تحسن ان يصف الاسلام
كالبالغ قلنا انما لم يكن مخاطبًا لدفع الحرج عنه فاذا اداه صح كالمسافر وغيره من اصحاب الاعذار يؤدي الجمعة
فانها تصح وتقع عن الفرض وان لم تكن الجمعة فرضًا عليه وانما لم تبن زوجته اذا لم تحسن الوصف بعد ما عقل
لبقاء معنى التبعية وفيه توفير المنفعة على ما بينا وقوله لا يقتل يعني اذا ابى ان يسلم بعد ما ارتد لان القتل
عقوبة وهو ليس من اهلها والاجبار على الاسلام يقع له فيجب هذا اي صبي يعقل وان كان لا يعقل لا يصح منه
شيء من ذلك لان اقراره لا يدل على اعتقاده فلا يعتبر وكذا المجنون لما ذكرنا وكذا السكران في الردة دون الاسلام
على ما عرف في موضعه ويلحق الساحر بالمرتد قال في المحيط معزيًا الى الفتاوى الساحر هل يقتل او تقبل توبته
ينظر انه ان اعتقد انه خالق لما يفعل فمتى تاب عن ذلك وقال الله خالق كل شيء وتبرأ عما اعتقد تقبل توبته
ولا يقتل لانه كافر اسلم وان لم يتب يقتل لانه مرتد وقال ابو حنيفة في مجرد انه يقتل ولا يستتاب ولا يقبل قوله
اني اترك السحر واتوب منه اذا شهد الشهود انه الآن ساحر او اقر بذلك وكذلك المراة الساحرة تقتل لانه

يتعدى فتكون ساعية في الارض بالفساد بخلاف المرتدة والحربية وكذلك الزنديق يقتل ولا يقبل له توبته
لما روي عن عكرمة رضي الله عنه انه قال اتي علي رضي الله عنه بزنادقة فاحرقهم فبلغ ذلك ابن عباس رضي الله عنهما
فقال لو كنت انا لم احرقهم لنهي رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا تعذبوا بعذاب الله ولا قتلتهم بقول رسول
الله صلى الله عليه وسلم من بدل دينه فاقتلوه رواه البخاري وغيره والله اعلم

باب البغاة

قال: خرج قوم مسلمون عن طاعة الامام دعاهم الى العود الى الجماعة وكشف شبهتهم لان عليًا رضي الله عنه
بعث عبد الله بن عباس رضي الله عنهما الى اهل حروراء فدعاهم الى التوبة وناظرهم قبل قتالهم لانه ترجى
توبتهم ولعل الشر يندفع بالتذكرة كما قال الله تعالى وذكر فان الذكرى تنفع المؤمنين وهي اهون فيبدا
به وهذه الدعوة ليست بواجبة لانهم قد علموا ما ذكرنا انما تلون اخصارها كالمرتدين واهل الحرب الذين بلغتهم
الدعوة وبهذا الحجة قتالهم بكل ما يقاتل به اهل الحرب كالرمي بالنبل والمناجيق وارسال الماء والنار
عليهم لان قتالهم فرض لقول الله تعالى فقاتلوا التي تبغي حتى تفيء الى امر الله فصار قتالهم كقتال اهل الحرب
قال: ويبدأ بقتالهم يعني اذا تحيزوا وتهيؤوا للقتال واجتمعوا هكذا ذكره الشيخ المعروف بخواهر زاده
وهو المذهب عندنا وذكر القدوري في مختصره لا يبدأ اوجب بقتال حتى يبدأوه وهو قول الشافعي رضي الله عنه انه لا يجوز
قتل المسلم الا دفعًا وهم مسلمون بخلاف الكفار فان نفس الكفر عنده مبيح ولنا ما ذكرنا من غير قيد بالبداية
منهم وقول علي رضي الله عنه سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول سيخرج قوم احداث الاسنان
سفهاء الاحلام يقولون من قول خير البرية لا يجاوز ايمانهم حناجرهم يمرقون من الدين كما يمرق السهم
من الرمية فاينما لقيتموهم فاقتلوهم فان في قتلهم اجرًا لمن قتلهم يوم القيامة رواه احمد ومسلم والبخاري
ولان الحكم يدار على دليله وهو ما ذكرنا من التحيز والتهيؤ فلو انتظر حقيقة قتالهم لصار ذريعة لتقويتهم فلعله
لا يمكن دفعهم فيدار الحكم على الدليل ضرورة دفع شرهم ولانهم بالخروج على الامام صاروا عصاة فجاز قتالهم
الى ان يقلعوا عن ذلك بل وجب لما تلونا ولما روينا عن علي رضي الله عنه من قوله في الخوارج لن نقاتلكم حتى تقاتلونا
معناه حتى تعزموا على قتالنا بدليل ما رويناه عن النبي صلى الله عليه وسلم ولو امكن دفع شرهم بالحبس بعد
ما تاهبوا فعل ذلك ولا نقاتلهم لانه امكن دفع شرهم باهون منه والجهاد معهم واجب بقدر ما يندفع
به شرهم والمروي عن ابي حنيفة من لزوم البيت محمول على عدم الامام واما اعانة الامام من الواجبات عند
القدرة وما روي عن ابن عمر وجماعة من الصحابة رضي الله عنهم في القعود عن الفتنة محمول على انهم كانوا عاجزين
قال: ولو لهم فئة اجهز على جريحهم واتبع موليهم لان المقصود من قتالهم دفع شرهم وذلك بما ذكرنا
لانهم يرجعون الى جماعتهم فيعودون حربًا علينا ولم يحصل بذلك رجوعهم الى الجماعة وهو المقصود قال الله تعالى
فقاتلوا التي تبغي حتى تفيء الى امر الله
قال: والا اي ان لم يكن فئة لا يجهز على جريحهم ولا يتبع موليهم

من اصله انه لا يجوز قتلهم الا دفعا ولا دفع في قتلهم بعد ما ترك القتال ونحن نقول الحكم يدار على الدليل
لا على حقيقة القتال على ما بينا قال ولم تسب ذريتهم ويحبس اموالهم حتى يتوبوا لقول علي رضي الله عنه يوم الجمل
لا يقتل اسير ولا يكشف ستر ولا يؤخذ مال وهو القدوة في هذا الباب وقوله لا يقتل اسير اذا لم يكن لهم فئة
وان كانت لهم فئة فالامام بالخيار ان شاء قتلهم لئلا ينفلت ويلحق بهم وان شاء حبسه لان شره يندفع
به وليس له ان يسترقه لانه مسلم والاسلام يمنع الاسترقاق ابتداء وهو المراد بقول علي رضي الله عنه لا يكشف
ستر وحين طلبه منه اصحابه ان يقسم النساء بينهم قال اذا قسمت فلم تكن عايشة فخاصمهم بذلك وقطع شغبهم
ولانهم مسلمون فتكون اموالهم وانفسهم معصوما بالعصمتين لكونهم مسلمين في دار الاسلام قال
وان احتاج قاتل بسلاحهم وخيلهم وقال الشافعي رحمه الله لا يقاتل به لانه لمسلم فلا يحل الانتفاع به بدون
رضاه ولنا ان عليا رضي الله عنه قسم سلاحهم بالبصرة بين اصحابه وكانت قسمته للحاجة لا للتمليك بدليل ما روي
الذهبي ان الصحابة اجمعوا ان لا يؤخذ مال ولان للامام ان يفعل ذلك بمال اهل العدل لما روي ان النبي صلى الله
عليه وسلم اخذ الدروع من صفوان بغير رضاه فما ظنك بمال اهل البغي لا سيما اذا كان فيه دفع شرهم وان لم يحتاجوا
اليه حبسه عنهم كما يحبس اموالهم لان في رده عليهم تقوية لهم واعانتهم على المعصية والكراع يباع ويحبس ثمنه لان
حبس الثمن ايسر واحفظ للمالية فاذا وضعت الحرب اوزارها وزالت الفتنة ردها عليهم لزوال المانع ولو كان
معهم اهل الذمة يعينونهم على القتال فحكمهم حكم اهل البغي حتى لا يجوز استرقاقهم ولا اخذ اموالهم لان عهدهم
لا ينتقض به قال وان قتل باغ مثله فظهر عليهم لم يجب شيء اي ان قتل باغيا مثله في عسكرهم عمدا ثم ظهر
عليهم لم يجب القصاص عليه لان القصاص لا يمكن استيفاؤه الا بمنعة ولا ولاية لنا عليهم حالة القتل فلم يوجب
ولم ينقلب موجبا بعده كالقتل في دار الحرب قال وان غلبوا على مصر فقتل مصري مثله فظهر على المصر
قتل به يعني اذا غلب البغاة على مصر فقتل رجل من اهل المصر رجلا من المصر عمدا ثم ظهر على المصر
فانه يقتص منه وتاويله اذا لم تجر على اهل المصر احكام البغي قبل ان ازعجهم الامام قبل ذلك عند ذلك
المصري لان ولاية امام اهل العدل لم تنقطع قبل ان تجري احكامهم فيجب القصاص وبعد الاجراء ينقطع
فلا يجب قال فان قتل عادل باغيا او قتله باغ وقال انا على حق ورثه وان قال انا على باطل لا اي قتل
رجل من اهل العدل رجلا من اهل باغ اي قتله رجل من اهل البغي رجلا من اهل العدل وقال الباغي القا
تل قتلته وانا على الحق ورثه وان قال قتلته وانا على الباطل لا يرثه عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال
ابو يوسف لا يرث الباغي في الوجهين وقال الشافعي رحمه الله لا يرث العادل ايضا لقوله عليه الصلاة والسلام لا يرث القاتل
وهذا عنده ولو قتله بحق من قصاص او رجم او حكم او حكم عليه بذلك او شهد عليه لا يرث قلنا حرمان الارث جزاء الجريمة
ولا جريمة في القتل الواجب او الجائز فلا اثم وقتل الباغي واجب فلا اثم على القاتل بقتله ولا محل لضمان عليه فكذا لا لحرمان الارث

احمد وكذا اجمعوا
ما وجد ماله بعينه رده
قال على تاويل القرآن الا
فاجمعوا ان لا يقاد احد ولا يودى
رسول الله صلى الله عليه وسلم متوافرون
انه قال هاجت الفتنة واصحاب
الباغي الى ما يروي عن الزهري
ابو حنيفة كتاويل على اهل
ملحق بالصحيح اذا الفتنة
للعلم انه اتلف ما اتلف
قال وكذا الباغي
العقوبة

على ان ما اتلفه اهل البغي لا يضمن ... بشرط المحاربة لان الاحكام ... على ان ما اتلفه ...

على ان ما اتلفه اهل البغي لا يجب عليهم ضمانه رواه الزهري فيما يجب على شرط البخاري ولان الاحكام لا تثبت الا
من الالتزام او الالتزام من الامام لعدم الولاية لمنعتهم ولا يمكن القياس على ما اذا لم يكن لهم تاويل
او منعة لان الولاية باقية قبل المنعة والالتزام موجود عند عدم التاويل ولا بد من المنعة والتاويل
لسقوط الضمان حتى لو تغلب لصوص غير متاولين على مدينة فقتلوا الانفس واخذوا المال اخذوا بالجميع
لعدم التاويل وكذا لو تغلب رجل او رجلان واخذ المال واتلفا الانفس بتاويل اخذا بجميع الاحكام
لعدم المنعة ثم قال صاحب الهداية ان العادل اذا اتلف نفس الباغي او ماله لا يضمن ولا ياثم لانه مامور
١٤٢ بقتالهم دفعا لشرهم والباغي اذا قتل العادل لا يجب عليه الضمان ولكنه ياثم عندنا لانه لا منعة في حق التابع
وكذا قال في البدايع لا يضمنون ما اصابوا من دمائنا واموالنا اذا كانت لهم منعة وكذا اهل العدل لا يضمنون
ما اصابوا من دمائهم واموالهم لان ما اتلفوا دفعا لقتالهم عن انفسهم والعادل اذا اتلف عادلا عمدا او خطأ
او ماله دفعا لقتاله لا يضمن الباغي فالباغي اولى وفي شرح المختار قال محمد اذا تابوا افتيهم ان يغرموا ولا
اجبرهم على ذلك لانهم اتلفوا بغير حق فسقوط المطالبة لا يسقط الضمان فيما بينه وبين الله تعالى وفي المحيط العادل اذا
اتلف مال الباغي يؤخذ بالضمان لان مال الباغي معصوم في حقنا وامكن الزام الضمان فكان في ايجابه فايدة
بخلاف ما اذا اتلفوا مال العادل فعلى هذا ما ذكر في الهداية والبدايع من عدم وجوب الضمان محمول على ما اذا
اتلفه حالة القتال بسبب القتال اذ لا يمكنه ان يقتلهم الا باتلاف شيء اتلفه من اموالهم كالخيل والقماش الذي
عليهم وعند ارسال الماء والنار عليهم واما ما اتلفوه في غير هذه الحالة فلا معنى لمنع الضمان لان مالهم معصوم
واعتقاد الحرمة موجود فلا مانع من وجوب الضمان والاثم ثم ابو يوسف يقول في قتل الباغي العادل انه قتل
بغير حق متعلق به حرمان الارث كقتل الخاطي بل اولى لانه ياثم والخاطي لا ياثم بالقتل والتاويل الفاسد
يلحق بالصحيح في حق دفع الضمان والحاجة هنا الى استحقاق الارث لا الى الدفع ولهما ان هذا قتل حصل
بتاويل صحيح عند القاتل لانضمامه الى المنعة وان كان هذا التاويل فاسدا في نفسه انه يسقط به الضمان
وكذا لا يوجب الحرمان وقوله والحاجة الى استحقاق الارث هنا لا الى الدفع قلنا ممنوع بل الحاجة هنا الى
دفع الحرمان لان الارث يستحق بسببه كالنسب او السبب وهو موجود فيرث به ويدفع الحرمان الذي ثبت
جزاء على فعله بتاويل فاسد بشرطه وهو ان يكون مصرا ليكون صحيحا عنده بخلاف الخاطي فان الخطأ لا
يدفع جزاء فعله في الدنيا الا ترى انه يجب عليه الدية والكفارة والباغي لا يلزمه شيء من ذلك قال وكره
بيع السلاح من اهل الفتنة لانه اعانة على المعصية قال الله تعالى وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا
على الاثم والعدوان ولان الواجب قلع سلاحهم بما امكن حتى لا يستعملوه في الفتنة فالمنع اولى قال
وان لم يدر انه منهم لا اي ان لم يدر انه من اهل الفتنة لا يكره البيع له لان الغلبة في دار الاسلام لاهل الصلاح

وكذا لا يكره بيع الجارية المغنية والكبش النطوح
بيعها
بيعه لانه لا معصية
الذي يتخذ منه المعازف لا يكره
ان العصير والخمر
السلاح بخلاف الحديد الا
لان المعصية تقع بعين
يقاتل به الا بصنعة كالحديد
يقع في السلاح دون ما لا
دون الناذر وانما يكره
بيع ما يقاتل به في الاحكام

والويك المقاتل والحمام الطيارة لانه ليس عينها منكرا وانما المنكر استعماله الحظور ثم ذكر ان الحديد لا يجوز
بيعه من اهل الحرب واجازه من اهل البغي والذي يظهر من الفرق ان اهل البغي لا يتفرغون لاستعمال الحديد
سلاحا لان فسادهم على شرف الزوال بالتوبة او بتفريق جمعهم بخلاف اهل الحرب والله اعلم

كتاب اللقيط

اللقيط اسم لشيء منبوذ في اللغة على وزن فعيل بمعنى مفعول كالقتيل والجريح
وفي اصطلاح الفقهاء اسم لمولود حي طرحه اهله خوفا من العيلة او التهمة يسمى به باعتبار مايؤول اليه
لما انه يلتقط وهو من باب وصف الشيء بالصفة المشارفة كقوله من قتل قتيلا فله سلبه حال ندب
التقاطه ووجب ان خاف الضياع لما فيه من احياء النفس لانه على شرف الهلاك قال الله تعالى
ومن احياها فكانما احيا الناس جميعا وفي رفعه اظهار الشفقة على الاطفال وهو من افضل
الاعمال ولهذا قيل محرزه غانم ومضيعه آثم وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم من لم يرحم صغيرنا ولم
يوقر كبيرنا فليس منا ثم هو مندوب اليه ان كان في غالب رايه انه لا يهلك بان وجد في مصر كما بينا وفرض وجب
عليه ان غلب على ظنه ضياعه بان وجد في مفازة ونحوها من المهالك صيانة له ودفعا للهلاك عنه كمن راى
اعمى يقع في البئر ونحوه يفترض عليه حفظه عن الوقوع وهو فرض كفاية لحصول المقصود بالبعض وهو
صيانته حال وهو حر لان الاصل في بني آدم انهم اولاد آدم وحواء فاصل الشيء بقاء ما
كان على ماكان حتى يوجد مايغيره ولان الدار دار الاسلام فمن يكون فيها يكون حرا باعتبار الاصل وهو
الظاهر والغالب ثم هو حر في جميع احكامه حتى ان قاذفه يحد ولا يحد قاذف امه لوجود ولد منها لا يعرف
له اب حال ونفقته في بيت المال روي ذلك عن عمر وعلي رضي الله عنهما ولانه عاجز محتاج لا مال له ولا قريب
ومال بيت المال معد للصرف الى مثله فصار كالمقعد الذي لا مال له ولا قريب ولان ميراثه لبيت المال فتجب
نفقته منه لان الخراج بالضمان ولهذا كانت جنايته فيه وقد بينا النوع الذي يستحق فيه النفقة من بيت المال
في اواخر باب الجزية من كتاب السير ولو انفق عليه الملتقط من ماله يكون متبرعا الا ان يامره القاضي بالانفاق
عليه فيكون دينا عليه ثم مجرد امر القاضي بالانفاق عليه يكفي للرجوع على اللقيط فيما ذكره الطحاوي كما اذا
قضى دينا على شخص بامره فانه يرجع عليه وفي الاصح لا يرجع على اللقيط بمجرد الامر الا اذا صرح له بان ينفق
عليه ليرجع عليه لان مطلقه قد يكون للحث والترغيب فلا يرجع عليه للاحتمال حال كارثه وجنايته اي نفقته
في بيت المال كما يكون ارثه له وجنايته فيه على مابينا حال ولا يؤخذ منه اي لا يؤخذ اللقيط احد من الملتقط
لان يده سبقت اليه فكان احق بحفظه ولم يكن لغيره ان ينزعه منه الا باذنه ولو دفعه هو الى غيره لم يكن له
ان يسترده لانه رضي باسقاط حقه ولو دفعه الى القاضي فله ان لا يقبله منه لاحتمال انه ولده دفعه لتكون مؤنته
في بيت المال وان اقام بينة انه لقيط او علم القاضي بذلك فكذلك فله ان لا يقبله منه لانه بالالتقاط انما التزم حفظه وتربيته
فلا يسمع منه ان شاء كالوصي
ثم اراد ان يعزل نفسه
اذا اراد ان يعزل نفسه
بعد الموت الموصي حال ويثبت
نسبه من واحد يعني اذا ادعاه
ولم يدع الملتقط والقياس
انه لا يثبت نسبه منه لانه يتضمن
ابطال حق الملتقط في اليد
ولا يملك ذلك وجه الاستحسان
انه اقرار بما

١٤٢

ينفعه وهو محتاج اليه لانه يتشرف بالنسب ويعير بعدمه والملتقط لا ينازعه فيه فصحت
دعوته ثم من ضرورة ثبوت النسب ان يكون هو احق بحفظه ولكن من الاجنبي وكم من شيء يثبت ضمنا
وان لم يثبت قصدا وقيل يصح في حق النسب دون ابطال اليد لان يده ثبتت في وقت لا منازع له فيه فلا يقدر
على ابطالها والاصح الاول لما ذكرنا هذا اذا لم يدع الملتقط معه وان ادعاه فدعوة الملتقط اولى وان كان ذميا
والآخر مسلما لانه صاحب يد والقياس ان لا تقبل دعوة الملتقط اصلا لانه يناقض كلامه بدعواه انه
ابنه بعد ما ادعى انه لقيط ولانه بادعائه يلزم اللقيط حكم النسب والاقرار على الغير لا يصح وجه الاستحسان
انه اقرار على نفسه بانه يلزمه نفقته وحفظه يجب عليه حفظه ويكتسب له ماينفعه وقد يخفى على الانسان
ولده الصغير ثم يعرفه والتناقض فيما يخفى لا يمنع القبول كالملاعن اذا اكذب نفسه وقيل تقبل قوله
قياسا واستحسانا لانه ليس فيه ابطال يد احد والنسب ينفعه على مابينا بخلاف دعوة الاجنبي والاصح انه
على القياس والاستحسان كدعوة الاجنبي وان اختلف وجه القياس فيهما على مابيناه حال ومن
اثنين اي يثبت نسبه من اثنين ايضا كما يثبت من واحد وذلك عند عدم المرجح لاحدهما من يد او بينة او
ذكر علامة فيكون ابنهما لاستوائهما في النسب والنسب يثبت من اثنين عند الاستواء في الحجة عندنا على
مابينا في باب الاستيلاد حال وان وصف احدهما علامة به اي بالولد فهو احق به لان ذكر العلامة
يدل على انه كان في يده فالظاهر انه له فيترجح بها بخلاف اللقطة حيث لا يترجح صاحب العلامة عند التنازع فيها
لان الترجيح لا يعتبر الا بعد وجود سبب الاستحقاق في الشرع في اللقيط واعتبار العلامة له اصل وقد وجد
ذلك قال الله تعالى ان كان قميصه قد من قبل الآية وقال تعرفهم بسيماهم وان وافق بعض العلامة وخالف البعض
سقط الترجيح اذ ليس احدهما باولى من الآخر بالاعتبار ولو سبقت دعوة احدهما فهو ابنه لعدم التنازع
ولو ادعى الآخر بعده لا يقبل الا ببينة لان البينة اقوى ولو ادعت امراتان قضى به لهما عند ابي حنيفة و
عندهما لا يقضى لواحدة منهما لان ثبوت النسب منهما متعلق بحقيقة الولادة وهو محال منهما بخلاف الرجل حال
ومن ذمي وهو مسلم ان لم يكن في مكان اهل الذمة اي يثبت نسبه من ذمي اذا ادعاه ويكون اللقيط مسلما ان
لم يوجد في مكان اهل الذمة وهذا استحسان لان دعوته تضمنت النسب وهو نفع له وابطال الاسلام الثابت
بالدار وهو يضره فصحت بما ينفعه دون مايضره ولا يلزم من كونه ابنا له ان يكون كافرا كما لو اسلمت امه والقياس
ان لا تقبل دعوته لانه حكم له بالاسلام ولو جعل ابنا له صار تبعا له في الدين وهو يضره ووجه الاستحسان ما
بيناه وقوله ان لم يكن في مكان اهل الذمة تصريح بان الاعتبار للمكان وقد اختلف المشايخ فيه فحاصله ان المسالة
على اربعة اوجه احدها ان يجده مسلم في مكان المسلمين كالمسجد او القرية او المصر للمسلمين فيكون مسلما والثاني
ان يجده كافر في مكان اهل الكفر كالبيعة والكنيسة او قرية من قراهم فيكون كافرا والثالث ان يجده كافر
في مكان المسلمين والرابع ان
يجده مسلم في مكان الكافرين
ففي هذين الفصلين اختلفت
الرواية ففي كتاب اللقيط العبرة
للمكان لسبقه ولان المسلم
لا يضع ولده في البيعة ولا
الكافر في المساجد وفي رواية
ابن سماعة عن محمد العبرة
للواجد لقوة اليد الا ترى ان
تبعية الابوين فوق تبعية
الدار حتى اذا سبي الصغير مع
احد ابويه يعتبر كافرا وقيل
يعتبر الواجد هنا
يعتبر المكان تحكما

الابن كالابن من حقه لقيامه به بثبت بينة وفي رواية ابنهما كان موجبا للاسلام فهو المعتبر لان الاسلام يعلو
ولا يعلى عليه وهو انفع له ايضا وفي رواية يحكم بالزي فان كان فيه زي المسلمين فهو مسلم وان كان عليه زي الكفرة
نحو الصليب والزنار وهو كافر قال ومن عبد وهو حر اي يثبت نسبه من عبد اذا ادعاه ويكون الولد
حرا لان ثبوت النسب منه محض منفعة للصغير وهو لا يتبعه في الرق وانما يتبع امه وقد تلد حرة فيكون ولده
حرا ولا تبطل الحرية الثابتة بالدار بالوهم ولو قال العبد هو ابني من زوجتي وهي امة وصدقه مولاها يثبت
نسبه ويكون حرا عند محمد لانه حر باعتبار الاصل فلا تبطل حريته بتصادق العبد وسيدها وقال ابو يوسف يكون
عبدا لسيدها لان الامة امه فاذا ثبت النسب منها ثبت ما هو من ضرورة ولاته وهو الرق او يستحيل ان يكون الولد
حرا من بين رقيقين بخلاف الذمي على ما بينا قلنا لا يستحيل ذلك لانه يجوز عتقه قبل الانفصال وبعده فلا تبطل الحرية
الثابتة بالدار بالشك والحر في دعوة اللقيط اولى من العبد ولو ادعاه حران احدهما انه ابنه من حرة و
الاخر من الامة فالذي يدعي من الحرة اولى لانه اكثر اثباتا لكونه يثبت جميع احكام النسب ولو كانت الامة
سرية لانه يثبت الاحكام جميعا من جانب والاخر من الجانبين فكان اولى والمسلم احق من الذمي عند التنازع لانه انفع
له اذا كان حرا وان كان عبدا فالذي اولى بالترجيح بالاسلام يكون عند الاستواء ولا استواء وكذلك العبد لا تترجح
باليد قال ولا يرق الا ببينة لانه حكم بحريته بالدار فلا يبطل ذلك الا بحجة ويشترط ان يكون الشهود مسلمين
لانه مسلم بوجوده في موضع اهل الذمة على ما بيناه والخصم فيه هو الملتقط باعتبار يده لانه يمنعه عنه ويزعم انه احق
بحفظه فيقيم عليه البينة ليتوصل الحقه وكذا اذا صدقه اللقيط قبل البلوغ لا يثبت تصديقه لانه يضر به نفسه بعد الحكم
بالحرية بخلاف ما اذا كان صغيرا في يد رجل فادعى انه عبده وصدقه الغلام فانه يكون عبدا له وان لم يدرك لانه
لم يعرف الا في يده فالقول قول ذي اليد كالذي لا يعبر عن نفسه لقيام يده الا بتصديقه ولهذا لو سكت يكون عبدا له لكن
اذا ادرك لا يصح لقيام يده من وجه وان صدقه بعد الادراك ينظر فان كان جرى عليه شيء من احكام الاحرار من قبول شهادته
ديته وحد قاذفه لا يصح اقراره بالرق لانه اتصل به التكذيب من جهة الشارع فصار كما لو اتصل به التكذيب من جهة المقر له
قال وان وجد معه مال مشدود عليه فهو له لانه في يده وهو من اهل الملك لكونه حرا فيكون ما في يده له بظاهر يده وكذا اذا
كان المال مشدودا على الدابة واللقيط عليها بشهادة الظاهر من حاله ويصرفه الملتقط عليه بامر القاضي عند البعض لانه
مال ضائع لا يعرف له مالك وللقاضي ولاية صرف مثله اليه وقيل يصرفه اليه بغير امر القاضي لانه مال اللقيط ظاهرا لما
ذكرنا ومن في يده جعله ظاهرا وللملتقط ولاية الانفاق وشراء ما لا بد منه لمصلحة اللقيط من ماله ولا يقال الظاهر لا يصلح
للاستحقاق بل للدفع لانا نقول غرضنا بذلك دفع الغير فاذا اندفع يبقى المال ضائعا فيصرف عليه على انه ملكه او بيت المال
قال ولا يجوز للملتقط عليه نكاح وبيع واجارة لان ولاية التزويج على الغير تستحق بقرابة او ملك او سلطنة ولم يوجد شيء
منها والتصرف في المال لا يجوز الا بكمال الراي ووفور الشفقة وذلك يوجد في الاب والجد لا غير ولهذا لا تملكه الام مع انها

١٤٤

في حرفة لانه نفع محض يهذب نفسه ويطلع صاحب حرفة والاشتغال به يمنعه عن الاشتغال بالفساد فيكون
سبب سعادته في الدنيا والاخرة قال ويقبض هبته اي اذا وهب له شيء فللملتقط ان يقبضها له لانه نفع
محض وليس له احتمال خلافه ولهذا يملكه الصغير بنفسه اذا كان مميزا والله اعلم

كتاب اللقطة

اللقطة مثل اللقيط في الاشتقاق والمعنى فان كلا منهما مشتق من الالتقاط وهو الرفع واللقطة بضم
اللام وفتح القاف اسم الفاعل للمبالغة وبسكون القاف اسم للمفعول كالضحكة والضحكة ويسمى هذا المال الملقوط باسم
الفاعل منه لزيادة معنى القاف اختص به وهو ان كل من رآها يميل الى رفعها فكانها تامره بالرفع لانها حاملة
له فاسند اليها مجازا فجعلت كانها هي التي رفعت نفسها ونظيره قولهم ناقة حلوب ودابة ركوب وهو اسم فاعل
سميت بذلك لان من رآها يرغب في الركوب والحلب فنزلت كانها حلبت نفسها وركبت نفسها قال رحمه الله
لقطة الحل والحرم امانة وان اخذها ليردها على ربها واشهد لان الاخذ على هذا الوجه مأذون فيه شرعا بل هو
الافضل عند عامة العلماء وهو واجب اذا خاف ضياعه فاذا كان كذلك لا يكون مضمونا عليه وصاحبها ايضا يرضى بالاخذ
لحفظها له عادة فقد وجد منه الرضا دلالة فلا يجب عليه الضمان وانما قلنا بانه مأذون فيه شرعا لقوله صلى الله
عليه وسلم من وجد لقطة فليشهد ذوي عدل وليحفظ عفاصها ووكاءها فان جاء صاحبها فلا يكتم فهو احق
بها وان لم يجئ صاحبها فهو مال الله يؤتيه من يشاء رواه احمد وابن ماجه وهو مطلق فيتناول لقطة
الحل والحرم وقالت المتقشفة لا يحل له ان يرفعها لانها مال الغير فلا يجوز اثبات اليد عليه الا باذنه كما لا يجوز
تناوله الا باذنه وقال بعض المتقدمين من ائمة التابعين يحل له ان يرفعها والترك افضل لان صاحبها يطلبها
في ذلك الموضع فالحجة عليهم ما بينا ولانه لو تركها لا يأمن ان يصل اليها يد خائنة فيكتمها عن صاحبها قالوا اذا كان
يخاف على نفسه الطمع فيها فالترك افضل صيانة لنفسه عن الوقوع في الحرام واذا اخذها عن حاجة يوصلها الى مالكها
والاشهاد لنفي التجاحد حتى لو صدقه صاحبها انه اخذها ليردها لم يضمن لوجود التعدي على مال الغير فصار
كالغاصب وقال عليه الصلاة والسلام على اليد ما اخذت حتى تؤديه وان لم يشهد عند الالتقاط وادعى انه اخذها
للرد وادعى صاحبها انه اخذها لنفسه فالقول لصاحبها ويضمن الملتقط قيمتها عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف
القول قول الملتقط فلا يضمن لان اخذها لصاحبها حسبة ولنفسه معصية فكان حمل فعله على الصلاح اولى
من حمل فعله على الفساد ولان الملتقط منكر والمالك مدعي للضمان فالقول قول المنكر ولهما انه اخذ مال الغير
بغير اذنه وهو سبب الضمان فيضمن وما ذكره من الظاهر يعارضه مثله وهو ان الظاهر ان يكون المتصرف
عاملا لنفسه فصار نظير ما لو اخذ مال الغير وادعى انه وديعة قالوا هذا الاختلاف عند الامكان واما اذا لم يمكنه
بان لم يجد احدا يشهده او خاف عليها من الظلمة فلا يضمن بالاتفاق لان ترك الاشهاد انما يدل على اخذه لنفسه
عند القدرة وان اشهد عند الاخذ وعرفها ثم ردها الى موضعها لم يضمن وذكر الحاكم في مختصره ان ردها

وعرّفه الى ان علم ان ربها لا يطلبها اي عرّف اللقطة الى ان يغلب على ظنه ان صاحبها لا يطلبها وروى
محمد عن ابي حنيفة انه قال ان كانت اقل من عشرة دراهم عرّفها اياما وان كانت عشرة فصاعدا
عرّفها حولا وقوله اياما اي على حسب ما يرى وقدّره محمد في الاصل بالحول من غير تفصيل بين القليل
والكثير وهو قول مالك والشافعي ووجهه انه عليه الصلاة والسلام سئل عن لقطة الذهب والورق
فقال اعرف وكاءها وعفاصها ثم عرّفها سنة فان لم تعرف فاستنفقها ولتكن وديعة عندك
فان جاء طالبها يوما من الدهر فادّها اليه وسئل عن ضالة الابل فقال مالك ولها دعها فان
معها حذاءها وسقاءها ترد الماء وتاكل الشجر حتى يجدها ربها وسئل عن الشاة فقال خذها انما هي لك
او لاخيك او للذئب رواه مسلم والبخاري وغيرهما فقدّره بسنة من غير فصل بين القليل والكثير وروى
الحسن عن ابي حنيفة انها ان كانت مائتي درهم فصاعدا يعرّفها حولا وفيما فوق العشرة الى مائتين شهرا
وفي العشرة جمعة وفي ثلاثة دراهم ثلاثة ايام وفي درهم يوما وان كانت تمرة ونحوها تصدق بها مكانها
فان كان محتاجا اليها اكلها مكانها وقدّر بذلك لقطة ما يليق بحالها فكان هذا وما ذكره في مختصره
واحدة لانه فوّضه الى اجتهاده وهذا قدّره باجتهاده فلا تنافي بينهما وهو الذي اختاره صاحب الهداية
بقوله وقيل ان الشيء من هذه المقادير ليس بلازم ويفوّض الى راي الملتقط يعرّفها الى ان يغلب على ظنه
ان صاحبها لا يطلبها بعد ذلك وان كانت اللقطة شيئا لا يبقى عرّفها حتى اذا خاف ان تفسد تصدق بها وعنه
عليه الصلاة والسلام انه مر بتمرة في الطريق فقال لولا اخاف ان تكون من الصدقة لاكلتها رواه البخاري
ومسلم وقال جابر رخّص رسول الله صلى الله عليه وسلم في العصا والسوط والحبل واشباهه يلتقطه الرجل ينتفع به
رواه ابو داود وقال عليه الصلاة والسلام لابيّ بن كعب عرّفها فان جاء احد يخبرك بعدّتها ووعائها ووكائها
فاعطها اياه والا فاستمتع بها رواه احمد ومسلم فجعل الاخبار بعضها مقدّرة بالحول وبعضها
بساعة وبعضها مطلقة عن التقدير فهذا يؤيد ان التقدير ليس بلازم وانما هو مفوّض الى راي الملتقط وينبغي
ان يعرّفها في الموضع الذي لقطها فيه وفي الجامع فان ذلك اقرب الى الوصول الى صاحبها وعن الحلواني انه يكفيه الاشهاد
انه ياخذها ليردها على صاحبها ويكون ذلك تعريفا وهو المذكور في السير الكبير ولو ان رجلا سيّب دابته
فاخذها انسان فاصلحها ملكها ان قال مالكها وقت التسييب هي لمن اخذها فلا سبيل له عليها لانه اباح التملك وان لم
يقل كان له ان ياخذها منه وكذلك فيمن ارسل صيدا وان اختلفا فالقول قول صاحبها ذكره ابو الليث وفي الهداية
اذا كانت اللقطة شيئا يعلم ان صاحبها لا يطلبها كالنوى وقشر الرمان يكون القاؤه اباحة ويجوز الانتفاع به من
غير تعريف لكنه يبقى على ملك مالكه لان التمليك من المجهول لا يصح وفي الواقعات المختار في القشور والنواة تملكه وفي الصيد
لا يملكه وان جمع سنبلا بعد الحصاد فهو له لاجتماع الناس على ذلك وان سلخ شاة ميتة فهو له ولصاحبها ان ياخذه منه
قال ... ويتصدق
اي يتصدق باللقطة
اذا لم يجئ صاحبها بعد
التعريف لان الواجب عليه
حفظها واداؤها الى اهلها
قال الله تعالى ان الله يامركم
ان تؤدوا الامانات الى اهلها
وذلك بالتسليم اليه عند القدرة
وبالتصدق عند عدم القدرة اذ
ايصال عوضها وهو الثواب
كايصال عينها وان شاء

١٤٥

امسكها وجاء الظرف بصاحبها وروى عن ابن مسعود رضي الله عنه انه اشترى جارية فذهب البائع فلم يقدر
عليه فتصدق بثمنها قال فان جاء ربها بعد التصدق ضمن الملتقط اي اذا جاء صاحب اللقطة بعد ما تصدق
بها الملتقط فهو بالخيار ان شاء امضى الصدقة وله ثوابها لان التصدق لم يحصل باذنه فيتوقف على اجازته
والملك يثبت للفقير ولا يتوقف على قيام المحل بخلاف بيع الفضولي حيث تتوقف الاجازة فيه على قيام المحل لان
الملك فيه لا يثبت الا بعد الاجازة فلا يتصور الا في القائم ولهذا يشترط فيه قيام المتعاقدين والمالك ايضا عند
الاجازة وان شاء ضمن الملتقط لانه تصرف في ماله بغير اذنه وهو موجب للضمان واذن الشرع لا ينافيه
حيث لم يلزمه التصدق بها وانما ابيح له ذلك فصار كتناول مال الغير حالة المخمصة ولا فرق في ذلك بين ان
يتصدق بامر القاضي او بغير امره في الصحيح لان امره لا تكون اعلى من فعله والقاضي لو تصدق بها كان
له ان يضمنه فكذا اذا يضمن من امره هو القاضي وله ان يضمن الفقير لانه اخذ ماله لنفسه بغير اذنه ولا يرجع
الفقير على الملتقط بما لحقه من الضمان ولا الملتقط يرجع على الفقير لما عرف في موضعه هذا اذا هلكت العين في يد
الفقير وان كانت قائمة اخذها صاحبها ان لم يمض الصدقة لانه وجد عين ماله قال وصح التقاط البهيمة
اي يجوز التقاطها وقال الشافعي الترك افضل في غير الشاة لما روينا ولنا انها لقطة يخاف عليها ان يصل اليها يد
خائنة فكان في اخذها صيانتها فكان افضل او واجبا على حسب ما بينا في غيرها ولان اطلاق النصوص في هذا الباب
يتناولها وما رواه كان في ديارهم اذ كان لا يخاف عليها من شيء ونحن نقول بمثله في تركها وهذا لان في بعض البلاد
الدواب يسيّبها اهلها في البراري حتى يحتاجوا اليها فيمسكونها وقت حاجتهم ولا فائدة في التقاطها في مثل هذه
الحالة والذي يدل على ذلك ما رواه مالك في الموطا عن ابن شهاب قال كانت ضوال الابل في زمن عمر رضي الله عنه ابلا
مؤبلة تناتج لا يمسكها احد حتى اذا كان عثمان امر بمعرفتها ثم تباع فاذا جاء صاحبها اعطي ثمنها قال
وهو متبرع بالانفاق على اللقيط واللقطة لانه لا ولاية له في الايجاب على ذمتهما فصار كما اذا قضى دين غيره بغير
امر المديون قال ~~لانه لا ولاية له في الايجاب~~ وباذن القاضي يكون دينا اي لو انفق باذن القاضي يكون دينا على
صاحبها لان للقاضي ولاية في مال الغائب نظرا له اذ هو نصب ناظرا فصار امره كامر المالك ولا يامره بالانفاق
حتى يقيم البينة انها لقطة عنده في الصحيح لانه يحتمل ان يكون غصبا في يده فيحتال في ايجاب النفقة على صاحبها وهو
لا يجب عليه في المغصوب وهذه البينة ليست للقضاء وانما هي لينكشف الحال فتقبل مع غيبة صاحبها وان عجز عن
اقامة البينة يامره بالانفاق عليها ان كان الامر كما يقول وكان الفقيه ابو جعفر يقول ينبغي للحاكم ان
يحلّفه ونظيره ما لو باع عبدا فغاب المشتري ولم يجده وطلب من الحاكم ان يبيعه ويوفي ثمنه في دينه لا يجيبه حتى
يقيم البينة فان عجز اجابه على نحو ما ذكرنا في اللقطة وقوله وباذن القاضي يكون دينا يشير الى ان النفقة يصير دينا
بمجرد اذنه وليس كذلك في الاصح لان مطلقه قد يكون للترغيب والمشورة او للالزام فلا يرجع بالاحتمال على ربها حتى
يقول على ان ترجع علي
ويجعله دينا عليه
واذا امره بالانفاق عليها
يومين او ثلاثة بقدر ما يرى
رجاء ان يظهر مالكها
الطفل ولو كان
قال فان كان لها نفع آجرها وانفق
عليها من اجرتها لان القاضي
نصب ناظرا وامكنه ابقاء
العين من غير ان يلزم صاحبها
الدين فيتعين طريقا
قال وان لم يكن لها نفع
وانفق بقدر ما يرى
والا باعها

من المدة ولم يظهر لها مالك باعها لانه لو انفق عليها في هذه الحالة تستغرق النفقة قيمتها وليس من النظر ان تبقى
العين ويجب عليه اضعاف قيمتها فضعيف الحظ بالبيع ثم الثمن يقوم مقام العين فيما ذكرنا من التعريف والتصدق به وفي كونه
امانة في يده وفي البدايع ان القاضي لا يبيعها حتى يقيم البينة على نحو ما ذكرنا في الاباق والآبق في هذا كاللقطة الا انه لا
يؤجر لانه يخاف ان يابق **قال** ومنعها من ربها حتى ياخذ النفقة اي له ان يمنعها اذا جاء صاحبها وطلبها
منعه اياها حتى يوفي النفقة التي انفق عليها لان هذا دين وجب بسبب المال لاحيائه به فكان له تعلق بهذا المال
فاشبه جعل الآبق ثم لا يسقط هذا الدين بهلاك العين في يد الملتقط وقبل حبسها لا تعلق له به حقيقة وانما ياخذ
صفة الرهن عند الحبس كالوكيل بالشراء اذا نقد من مال نفسه له ان يرجع به على الموكل ولو هلك قبل الحبس لا
يسقط ما وجب له على الموكل وبعده يسقط لانه صار في معنى الرهن عند اختياره الحبس فهلك بما حبسه فيه فكذا
هذا ولو ان القاضي باعها بعدما انفق عليها الملتقط مقدار ما يراه القاضي من المدة اعطاه القاضي من ثمنها لانه مال
مالكها والنفقة دين على مالكها فلو جاء رب الدين اذا ظفر بجنس حقه له ان ياخذه فالقاضي اولى **قال** ولا يدفعها
الى مدعيها بلا بينة اي لا يدفع اللقطة الى من ادعى انها له من غير اقامة البينة لقوله عليه الصلاة والسلام البينة
للمدعي لان اليد حق مقصود حتى وجب على الغاصب الضمان بازالته فلا تزال الا ببينة ولا يستحق الا بها كالملك
ولهذا اوجب الضمان على غاصب المدبر **قال** فان بين علامتها حل الدفع بلا جبر اي اذا اعطى المدعي علامتها
حل للملتقط الدفع اليه من غير ان يجبر عليه في القضاء والعلامة مثل ان يسمي عدد الدراهم ووزنها ووكاءها ووعاءها
وقال مالك والشافعي يجبر على دفعها لما روينا من حديث ابي بن كعب وفيما رواه مسلم قال عليه الصلاة والسلام
فان جاء صاحبها يعرف عفاصها وعددها ووكاءها فاعطها اياه والا فهي لك وهذا امر وهو للوجوب
ولان الظاهر انها له لانه قل من يعرف ما ليس في يده فيرد اليد ولا منازع في الملك فيكون له ولان هذا
صاحب اليد ينازعه في اليد دون الملك فيشترط الوصف لوجوده المنازعة من وجه **ولنا** انه مدع وعلى المدعي البينة لما
روينا ولان اليد مقصودة ولا يستحق الا بحجة على ما قدرناه والعلامة لا تدل على الملك ولا على اليد لان الانسان قد يقف
على مال غيره وقد يخفى عليه مال نفسه فلا عبرة بها وما رواه محمول على الجواز توفيقا بين الاخبار لان الامر قد يراد
به الاباحة وبه نقول وان دفعها اليه بذكر العلامة ثم جاء آخر واقام بينة انها له فان كانت قايمة اخذها منه وان
كانت هالكة يضمن ايهما شاء لتعديهما بالدفع والاخذ ويرجع الملتقط على الاخذ ان ضمن ولا يرجع الاخذ على احد
وللملتقط ان ياخذ منه كفيلا عند الدفع نظرا له لاحتمال ان يجيء غيره ويقيم البينة انها له فيضمنه ولا يمكنه الرجوع على من
اخذها لجهالته فيستوثق بخلاف الكفيل لوارث او غريم غايب عند ابي حنيفة والفرق له ان الملتقط ياخذ كفيلا لنفسه وهناك
لاجنبي لا يعرفه ولان الحق قد ظهر للحاضر في الارث فلا يجوز تاخير القسمة بين الورثة او الغرماء الموهوم التكفيل فيكون
القاضي ضامنا به وهنا لم يتعين صاحب الحق باعطاء العلامة ولهذا لا يجبر بالدفع اليه فلا يضره التاخير بل المنع بالكلية على ما قدمنا

الملتقط لا تكون حجة عليه وان كانت هالكة فان كان دفع اليه بغير قضاء فله ان يضمن ايهما شاء لما ذكرنا فان
ضمن القابض فلا يرجع به على احد لانه عامل لنفسه وان ضمن الملتقط فله ان يرجع به على القابض لان الملتقط
ملكها بالضمان فتبين ان القابض تعدى على ملكه ولا يمنع اقراره بانها ملك الاول من الرجوع عليه لانه كان
لاعتماده على العلامة فاذا قضى عليه صار مكذبا شرعا فيرجع كالمشتري اذا اقر بملك البايع ثم استحق المبيع
يرجع على البايع بالثمن لما ذكرنا بخلاف ما اذا صدق المودع الوكيل بقبض الوديعة فدفعها اليه فانكر ربها
الوكالة حيث يضمن ولا يرجع بها على القابض لان الوكيل عامل للموكل وفي زعم المقر ان الموكل ظالم له بتضمينه
اياه بعد ما قبض وكيله منه والمظلوم ليس له ان يظلم غيره وهنا القابض عامل لنفسه وانه ضامن اذا ثبت
انه لغيره فافترقا وللملتقط ان ياخذ منه كفيلا لما ذكرنا وذكر في شرح المختار ان الملتقط اذا دفع اليه
بتصديقه ليس له ان يرجع على القابض فعلى هذا لا فرق بينهما ولا ياخذ منه كفيلا وان كان دفعها اليه بقضاء
ضمن القابض لما ذكرنا ولا يضمن الملتقط لانه مقهور وان اقام الحاضر بينة انها له فقضي بالدفع اليه
ثم حضر آخر واقام بينة انها له لم يضمن لما ذكرنا وذكر في النهاية في التكفيل في هذه الصورة روايتين و
الصحيح انه لا تكفيل وعزاه الى قاضي خان **قال** وينتفع بها لو فقيرا والا تصدق بها على اجنبي
وابويه وزوجته وولده لو فقيرا اي يجوز للملتقط ان ينتفع باللقطة اذا كان فقيرا وان لم يكن فقيرا
لم يجز ويتصدق بها على الفقير اجنبيا كان او قريبا له او زوجة له لانه مال الغير فلا يجوز الانتفاع به
بدون رضاه لاطلاق النصوص كقوله تعالى ولا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل الآية وقوله تعالى ولا تعتدوا وامثال
ذلك الا انه ابيح الانتفاع به للفقير من طريق التصدق لقوله عليه الصلاة والسلام فليتصدق به اولا بالاجماع
فبقي غيره محرم التناول على الاصل فاذا كان المبيح هو الفقر فلا يختلف بين ان يكون الفقير واجدا لها
او غيره من اقاربه او الاجانب لحصول المقصود بالكل وهو التصدق على محتاج واباح الشافعي للواجد
وان كان غنيا لما روينا من حديث ابي بن كعب ولانه انما يباح للفقير حملا له على رفعها صيانة لها و
الغني يشاركه فيه والحجة عليه ما بيناه وليس له حجة في حديث ابي لانه حكاية حال فيجوز انه عليه الصلاة والسلام
بالانتفاع به وذلك جايز عندنا من الامام على سبيل القرض ويحتمل انه عليه الصلاة والسلام عرف انه كان مال
كافر حربي بل هو الظاهر لان دار الاسلام لم يكن بها سعة يومئذ ولو كان لمسلم لما خفي عليهم والغني
محمول على الاخذ لاحتمال افتقاره في مدة التعريف والفقير قد يتوانى لاحتمال استغنائه فيها ومنع
الشافعي عن الانتفاع بلقطة الحرم لاحد بل يعرفها ابدا لقوله عليه الصلاة والسلام لا تحل لقطتها الا لمعرف
ولما روي انه عليه الصلاة والسلام نهى عن لقطة في بلد مكة **ولنا** ما روينا من النصوص من غير فصل ولان
الانتفاع بها نظرا له من حيث انها تكون مضمونة على من انتفع بها وعلى من دفعها اليه فيكون فيه ابقاء ماله
والله اعلم

كتاب الإباق

كتاب الاباق وهو العبد المتمرد على مولاه قال اخذه احب ان قوي عليه
اي ان قدر عليه لان فيه احياه ماليته وللمال حرمة كالنفس وفيه اعانة مولاه فكان افضل ثم له الخيار ان شاء
حفظه بنفسه ان كان يقدر عليه وان شاء رفعه الى الامام فاذا رفعه اليه لا يقبل منه الا باقامة البينة على نحو ما ذكرنا
في اللقطة ثم يحبسه الامام تعزيرا له لانه لا يؤمن من الاباق ثانيا ولهذا لا يؤجره ان كان له منفعة وينفق عليه
من بيت المال ويجعلها دينا على مالكه واذا طالت المدة ولم يجي صاحبه باعه القاضي وحفظ ثمنه واختلفوا في الضال
فقيل اخذه افضل احياء له وقيل تركه افضل لانه لا يفك مكانه فيلقاه مولاه واذا رفع الى الامام لا يحبسه لانه
لا يستحق التعزير ولا يابق وان كان له منفعة اجره وانفق عليه من اجرته قال ومن رده من مدة سفر
وهو مسيرة ثلثة ايام فله اربعون درهما وهذا استحسان والقياس ان لا يكون له شي الا بالشرط وهو قول الشافعي
لانه متبرع بمنافعه فاشبه رد العبد الضال واللقطة ولان رده نهي عن المنكر وهو فرض فلا يستحق الاجر
بادائه ولنا ما روي عن عمرو بن دينار انه قال لم نزل نسمع انه عليه الصلاة والسلام قال جعل الابق اربعون
درهما والصحابة رضي الله عنهم اتفقوا على وجوب اصل الجعل وان اختلفوا في مقدارها فانه روي عن ابن مسعود رضي الله عنه
انه اوجب اربعين درهما واوجب عمر دينارا او اثني عشر درهما واوجب علي رضي الله عنه دينارا او عشرة دراهم وعن
عمار بن ياسر انه قال ان رده في المصر فله عشرة دراهم وان رده من خارج المصر استحق اربعون درهما فحمل الكل
على السماع لان الراي لا مدخل له في التقدير ثم حمل قول من قال اربعين على مسيرة السفر وما دونه على ما دونها
توفيقا وتلفيقا ولان ايجابه حامل على الرد اذ الحسبة نادرة فيحصل صيانة لاموال الناس والجعل المقدر بالسمع
ولا سمع في الضال واللقطة فبقي على الاصل اذ الالحاق ممتنع لعدم المساواة لان الحاجة الى صيانة الابق الاكثر لانه لا
يختفي والضال يتذر فيظهر وقوله نهي عن المنكر قلنا هذا تعليل بمقابلة المنقول فلا يصح قال وان كانت قيمته اقل
منه يقضي له بقيمته الا درهما لان وجوبه
منه يقضى له اربعون درهما وان كانت قيمته اقل من اربعين وهذا عند ابي يوسف وقال محمد له قيمته الا درهما لان وجوبه
ثبت احياء لحقوق الناس نظرا لهم ولا نظر في ايجاب اكثر من قيمته ولابي يوسف ان تقديره ثبت شرعا بلا تعرض
للقيمة فيمنع النقصان كما يمنع الزيادة الا ترى ان الصلح باكثر منه لا يجوز بخلاف الصلح على الاقل لانه حط البعض وهو
لو حط الكل كان جائزا فكذا البعض وهذا هو المشهور وروي عن كل واحد منهما مثل قول صاحبه وعن ابي يوسف انه ينقص
منه قدر ما يقطع به اليد قال وان رده لاقل منها فبحسابه اي لاقل من مسيرة السفر يجب بحسابه لان العوض يوزع
على المعوض ضرورة المقابلة وذكر في الاصل انه يرضخ له اذا وجده في المصر او خارج المصر وعن ابي حنيفة انه لا شي له في المصر
ثم انه اتفاقا فالرضخ فلا كلام وان اختلفا فالامام يقدره وان رده من اكثر من مسيرة السفر لا يزاد على اربعين درهما
لانه متعلق بمدة السفر فلا يزداد بزيادتها كسائر الاحكام المتعلقة بها وان كان العبد مشتركا يجب على كل واحد منهم بقدر
نصيبه فلا يايا خذه من اوثق حتى يؤتى كله كالمبيع المحبوس بالثمن وان رد عبدين او اكثر يجب لكل واحد منهم اربعون درهما ولو رده

الولد تعتق بموته فلا جعل له لا ان ام
رجاة المولى وان ردها بعد موته
احق بما اسبه فلا يعد قيمة
منها المعجة بخلاف المكاتب لانه
كالقن تحفظ به احياء المالية
مملوكان للمولى ويستكسبهما
وام الولد والمدبر كالقن لانهما
قال رجل بنحو ذلك درهما
عن الجعل حتى وان كان مراهقا
يكون تبعا للام فلا يزاد
جارية معها ولد صغير

فتكون حرة ولا جعل في المكاتب وكذا المدبر ان خرج من الثلث لما ذكرنا وان لم يخرج فكذلك عندهما لانه حر عليه دين
اذ العتق لا يتجزى وعنده مكاتب ولا جعل في المكاتب وان رد القن بعد موت مولاه يستحق الجعل ان كان الراد اجنبيا
وان كان وارثا ينظر فان اخذه بعد موت المولى لا يستحق شيئا لان العمل يقع في محل مشترك بينه وبين
غيره من الورثة وفيه لا يستحق الاجر على ما عرف في موضعه وان اخذه في حياته يستحق الجعل في حصته
غيره عندهما خلافا لابي يوسف هو يقول ان وجوب الجعل مضاف الى التسليم لا الى الاخذ ولهذا لو هلك
قبل التسليم يسقط ووقت التسليم هو مشترك بينه وبين غيره فيكون عاملا لنفسه فلا يستحق الجعل ولهما
ان الوجوب مضاف الى العمل لان الاجرة تستحق بالعمل واثر التسليم في المبادلة في تاكيد البدل لان الجابه
الان سبب التاكيد اذا مات يسقط البدل بعد الوجوب لان الوجوب كان متعلقا به وهنا التسليم فات في حصته
اذ لا يكون مسلما ومتسلما ولم يفت في حصة غيره فتاكد عليهم حصتهم كما لو خاط او صبغ ثوبا لمورثه ثم مات قبل
التسليم لا يسقط الاجر في حصته بخلاف ما لو اخذه والمولى ميت لان العمل وقع في محل مشترك فلا يستحق الاجر
على ما بينا ولو رد عبد ابيه او اخيه او سائر اقاربه لا يجب الجعل اذا كان في عيال المولى لجريان العادة بالرد تبرعا
ولو لم يكن في عياله وجب الجعل له الا الابن اذا رد عبد ابيه او احد الزوجين يرد عبد الاخر فانهما لا يجب لهما الجعل
مطلقا لان رد الابق على المولى نوع خدمة المولى وخدمة الاب مستحقة على الابن فلا يقابل بالاجر وكذا
خدمة احد الزوجين الاخر وكذا الوصي اذا رد عبد اليتيم لا يستحق الجعل ولا جعل للسلطان اذا رد ابقا
قال وان ابق من الراد لا يضمن لانه في يده امانة اذا اشهد وقت الاخذ على ما بينا في اللقطة ولا جعل له
لانه لم يرده على مولاه ولو اخذه غيره فرده على مولاه فالجعل له لانه هو الذي رده على المولى ولو جاء به الى المولى
فاعتقه المولى قبل التسليم اليه استحق الجعل لان الاعتاق منه قبض معنى ولهذا لو اعتق المشتري المبيع
قبل القبض وجب عليه تسليم الثمن لانه قبض له وكذا دبره والمسالة بحالها فلا جعل له حتى يقبضه لان التدبير ليس
بقبض ولو باعه من الراد استحق الجعل لسلامة البدل له بخلاف ما اذا وهبه له قبل التسليم وان هلك في يده فلا ضمان
لما ذكرنا ولا جعل له لانه بمنزلة المبيع في يد البايع حتى كان له حبسه بالجعل كما يحبس البايع بالثمن المبيع ثم اذا هلك
المبيع قبل القبض لا يستحق الثمن فكذا هذا اذا صدقه المولى في الاباق فان كذبه فالقول قول المولى لان السبب الموجب
للضمان من الاخذ قد ظهر فلا يسمع دعواه ما يبريه الا اذا اقام البينة على اقرار المولى بانه ابق قال
ويشهد انه اخذه ليرده لان الاشهاد يدل على انه اخذه ليرده على مولاه وتركه يدل على انه اخذه لنفسه فلا بد له من
الاشهاد حتى لو ترك الاشهاد لا يكون ضامنا ولا يستحق الجعل اذا رده وهذا عندهما وعند ابي يوسف لا يضمن ويستحق
الجعل اذا رده لان الاشهاد عنده ليس بشرط على ما بينا في اللقطة واجمعوا انه لا يستحق الجعل الا اذا اخذه ليرده حتى
لو اقر انه اخذه لنفسه او اشتراه او اتهبه لنفسه ثم رده على المولى لا يستحق الجعل قال وجعل الابق

على الراهن لانه احيى ديته
بالرد لرجوعه على تملكه
فكمل مالية مالية بالرد
ذلك لهلك دينه والرد تحياه
الراهن ويعني سواء ما ذكرنا
من الجعل وهو لا يختلف بينهما
هذا اذا كان كله مضمونا
بان كانت قيمته مثل الدين
او اقل فان كانت قيمته اكثر من الدين
فبقدر الدين عليه والباقي على
الراهن لان حقه بالقدر المضمون
فصار كثمن الدواء وتخليصه عن
الجناية والفداء من الجناية

امانة

وان كان مديونا فالجعل على المولى وان اختار قضاء ما عليه من الديون وان ابى بيع العبد واخذ الرد جعله من الثمن وما بقي يعطي لاصحاب الديون لانه مؤنة الملك فتجب على من يستقر له الملك وان كان جانيا فان اختار المولى الفداء فالجعل عليه لانه طهره عن الجناية باختياره الفداء كانه لم يجن واحيي الراد مالية بالرد اليه وان اختار دفعه بالجناية فالجعل على ولي الجناية لانه بالرد احيى حقه وان كان موهوبا فعلى الموهوب له وان رجع الواهب في الهبة بعد الرد لان الملك للموهوب له عند الرد وزواله بالرجوع بعد ذلك كزواله ببيعه من الاسباب ولان زوال ملكه بالرجوع بتقصير منه وهو تركه التصرف فيه فلا يسقط عنه الواجب بالرد بخلاف العبد الجاني والمديون بخلاف العبد الجاني والمديون وجعل عبد الصبي في مال الصبي لانه مؤنة ملكه ولو رده وصيه لا يستحق الجعل لان تدبيره واجب عليه فلا يستحق الاجر به وجعل العبد المغصوب على الغاصب لانه ضمان جناية العبد وهو على الغاصب وجعل عبد رهنه ابدا جل وخدمته لا اخذ على صاحب الخدمة في الحال فاذا مضت المدة رجع به على صاحب الرقبة ويباع العبد به لانه بمنزلة العبد المشترك **قال** وانه نفقة كاللقطة لانه لقطة حقيقة فيكون حكمه حكمها حتى ان الآخذ اذا انفق عليه من غير اذن القاضي يكون متبرعا ولا بد من اشتراط الرجوع على المولى عند الاذن وتحبسه بالنفقة عند حضور مولاه غير انه لا يؤجره وقد ذكرناه من قبل

كتاب المفقود

قال هو غايب لم يدر موضعه وذكر في النهاية انه في اللغة من الاضداد يقول الرجل فقدت الشيء اي اضللته وفقدته اي طلبته وكلا المعنيين متحقق في المفقود فقد ضل عن اهله وهم في طلبه مجدون وهو في اصطلاح الفقهاء غايب لم يدر موضعه وحياته وموته واهله في طلبه مجدون وقد انقطع عنهم خبره وخفي عليهم امره فبالجد قد يصلون الى المراد وربما يتاخر اللقاء الا الاستصحاب الى يوم التناد وحكمه في الشرع انه حي في حق نفسه حتى لا يقسم ماله بين ورثته ميت في حق غيره حتى لا يرث من احد مات من اقاربه لان ثبوت حياته بالحال ولا يعتبر الا في ابقاء ما كان على ما كان ولا يصلح للاستحقاق **قال** فينصب القاضي من يأخذ حقه ويحفظ ماله ويقوم عليه لان القاضي نصب ناظرا لكل من عجز عن النظر لنفسه وقد عجز المفقود فصار كالصبي والمجنون وفي نصب ما ذكرنا نظر له فيفعل وقوله من يأخذ حقه يعني يقبض غلاته والديون التي اقر بها غرماؤه لانه من باب الحفظ ولا يخاصم في دين لم يقر به الغريم ولا في نصيب له في عقار او عرض في يد غيره لانه ليس بمالك ولا نايب عنه وانما هو وكيل بالقبض من جهة القاضي وانه لا يملك الخصومة بالاتفاق لما فيه من تضمن الحكم على الغايب واما الخلاف المعروف بين الاصحاب فيمن وكله المالك بقبض الدين هل يملك الخصومة ام لا فعند ابي حنيفة يملك وعندهما لا يملك لما عرف في موضعه فاذا كان الحكم على الغايب لا يجوز عندنا فلو قضى به قاضي يرى ذلك جاز لانه فصل مجتهد فيه فينفذ قضاؤه بالاتفاق فان قيل المجتهد فيه نفس القضاء فينبغي ان يتوقف نفاذه على امضاء قاض اخر كما لو كان القاضي محدودا في قذف **قلنا** ليس كذلك بل المجتهد فيه سبب القضاء وهو ان البينة هل تكون حجة من غير خصم حاضر ام لا واذا رآها القاضي حجة وقضى بها نفذ قضاؤه كما لو قضى بشهادة المحدود في القذف هكذا ذكر ههنا وفيه مشكل فان الاختلاف في نفس القضاء والا لم يتصور الاختلاف في نفس القضاء ابدا فاذا كان

ان

كتاب المفقود قال هو غائب

[illegible]

١٤٨

في نفقة ولا في غيبته لانه لا ولاية له على الغايب الا في حفظ ماله ولا يجوز له ترك حفظ الصورة من غير ضرورة **قال** وينفق منه على زوجته واولاده وزوجته اي ينفق من ماله على زوجته وعلى اصوله وهو المراد بقوله واولاده وعلى زوجته لان نفقة هؤلاء كل واحد من غير قضاء القاضي ولهذا الوظيفة باماله اخذه من غير قضاء ويكون القضاء اعانة لهم فلا يكون قضاء على الغايب بخلاف نفقة غيرهم كالاخوة والاعمام وغيرهم من ذوي الرحم المحرم غير الولاد لان نفقتهم لا تجب الا بقضاء القاضي لما انه مختلف فيه فلو قضي لهم لكان قضاء على الغايب وهو لا يجوز وقوله من ماله المراد به الدراهم والدنانير لان حقهم في المطعوم والملبوس فاذا لم يكن ذلك في ماله يحتاج الى القضاء بالقيمة وهي النقدان والقضاء على الغايب لا يجوز والتبر بمنزلتهما في هذا الحكم لانه يصلح قيمة كالنقد وهذا اذا كان في يد القاضي وان كان وديعة او دينا ينفق عليهم منهما اذا كان المودع والمديون مقرين بالوديعة والدين والنسب والنكاح اذا لم يكونا ظاهرين عند القاضي وان كانا ظاهرين فلا حاجة الى اقرارهما وان كان احدهما ظاهرا دون الآخر يشترط الاقرار بما ليس بظاهر في الصحيح وان دفعا اليهم بغير امر القاضي ضمن المودع ولا يسقط الدين لتعدي المودع وعدم ايصال الدين الى صاحبه او نايبه بخلاف ما اذا دفع الى القاضي نفسه او الى غيره بامره لان القاضي له ولاية الدفع والاخذ فان كانا جاحدين اصلا او كانا جاحدين النسب من الغيب والزوجية لم ينتصب احد من المستحقين خصما فيه لان ما يستحقه للغايب وهو المال لم يتعين لحقه لجواز ان يكون له مال آخر غيره بخلاف ما اذا كان حقه متعينا فيه كالشفيع يدعي على رجل شراء المشفوع من المالك الغايب وكالعبد يدعي على رجل انه اشتراه من مولاه الغايب واعتقه فانه يقضي على الغايب في مثله للضرورة **قال** ولا يفرق بينه وبينها اي لا يفرق بينه وبين امرأته وقال مالك اذا مضى اربع سنين يفرق بينهما وتعتد عدة الوفاة ثم تتزوج ان شاءت لان عمر رضي الله عنه فعل ذلك في الذي استهوته الجن ولانه فات حقها فيفرق بينهما بعد مضي مدة اعتبارا بالعنة والايلاء فاخذنا مقدار الاربع من الايلاء والسنين من العنة عملا بالشبهين لان حقها فات وهو معذور في الغيبة لانه مباح كما في العنة **ولنا** قوله عليه الصلاة والسلام في امرأة المفقود انها امرأته حتى يأتيها البيان وقال علي رضي الله عنه فيها هي امرأة ابتليت فلتصبر حتى يستبين موته او طلاقه فكان بيانا للبيان المذكور في المرفوع ولان النكاح حقه وهو حي في ابقاء حقه ولهذا لا يورث ماله فكذا لا يفرق بينه وبينها وقد صح رجوع عمر رضي الله عنه الى قول علي رضي الله عنه فلا يلتزم حجة والتفريق في الايلاء بدفع الظلم ولا ظلم من المفقود فلا يقاس عليه ولانه كان طلاقا معجلا فاجله الشارع فكان ايقاعا بخلاف الغيبة فلا يقاس عليه ولا على العنة لان الغيبة يعقبها الرجوع والعنة لا تزول بعد استمرارها سنة عادة فانعدم شرط القياس وهو الاستواء **قال** ويحكم بموته بعد تسعين سنة لان الغالب لا يعيش اكثر من ذلك وهو مروي عن ابي بكر الفضل وعن ابي بكر محمد بن حامد رحمهما الله وابو يوسف قدره بماية سنة وروى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله قدره بماية وعشرين سنة وظاهر الرواية مقدر بموت الاقران في بلده لان الرجوع الى امثاله فيما يرجع الحاجة فيه الى معرفته طريق في الشرع كقيم المتلفات

[illegible]

اذا دخل في مهلكة وما كان اختلاف الناس في مدته الا لاختلاف آرائهم فيه فلا معنى لتقديره قال وتعتد
امرأته ويورث منه حينئذ اي قبله اي حين حكم بموته لانه لا يثبت ذلك حتى لا يرثه الا الورثة الموجودون في ذلك الوقت لا من مات
قبل ذلك الوقت من ورثته كانه مات فيه عيانا لان الحكمي معتبر بالحقيقي قال ولا يرث من احد مات اي لا يرث المفقود
من احد مات من اقاربه حال فقده قبل الحكم بموته لان بقاءه حيا الى ذلك الوقت باستصحاب الحال وهو لا يصلح حجة لانه يستحق
به مال الغير وانما يدفع به استحقاق ماله غيره فيكون كانه حي في ماله ميت في حق مال غيره هذا اذا لم يعلم حياته الى الحكم
بموته وان علم حياته في وقت من الاوقات يرث ممن مات قبل ذلك الوقت ولهذا يوقف نصيبه من مال من مات قبل ذلك الوقت
من اقاربه كحالة الحمل لاحتمال ان يكون حيا فيرث فان تبين حياته في وقت مات فيه قريبه كان له والا يرث الموقوف لاجله
الوارث مورثه الذي وقف من ماله وكذا اذا اوصى له يوقف الموصى به الى ان الحكم بموته فاذا حكم بموته يرد المال الموصى به
الى ورثة الموصي قال ولو كان مع المفقود وارث لا يحجب به لم يعط شيئا وان انتقص حقه به اي بالمفقود يعطى اقل
النصيبين ويوقف الباقي كالحمل لان حاله متردد فيعمل بالاحوط كالحمل ثم الاصل في تصحيح مسائل المفقود وهو ان
ينظر في المسألة فتصحح على تقدير حياته وعلى تقدير مماته ثم ينظر بين التصحيحين فان كان بينهما موافقة فاضرب وفق
احدهما في كامل الآخر والا فاضرب الجميع في الجميع ثم من كان يسقط من الورثة على تقدير حياته او مماته تسقط ومن كان
ينتقص في احدى الحالتين ولا يسقط يعطى اقل النصيبين ويوقف الباقي ومن لا يتغير نصيبه في الحالتين يعطى نصيبه كاملا مثاله
تركت امراة زوجا واما واختا لابوين واخا لاب مفقودا فللام السدس على تقدير حياته وعلى تقدير مماته الربع وللزوج
النصف على تقدير حياته وعلى تقدير مماته ثلاثة الربع والثمن وكذا للاخت على تقدير مماته وعلى تقدير حياته لها
التسع فيعطى لكل واحد منهم الاقل ويوقف الباقي من نصيبه ولو ترك رجل بنتين واخا لاب وبنت ابن وابن ابن مفقود
فللبنتين الثلثان على كل حال ولبنت الابن السبع على تقدير حياته ولا شيء لها على تقدير مماته وللاخ الثلث على تقدير مماته
ولا شيء له على تقدير حياته فيعطى البنتان الثلثين ولا يعطى الاخ ولا بنت الابن شيئا كما في الحمل على ما عرف في موضعه
ان شاء الله تعالى

كتاب الشركة

وهي عبارة عن اختلاط النصيبين فصاعدا بحيث لا يعرف احد
النصيبين من الآخر ومنه الشركة بالتحريك حبالة الصايد لان فيه اختلاط بعض حباله بالبعض ثم يطلق اسم الشركة على العقد
مجازا لكونه سببا له اعلم ان الشركة على ضربين شركة ملك وشركة عقد على ما نبين في اثناء البحث قال وشركة الملك
ان يملك اثنان عينا ارثا او شراء وكذا استيلاء او اتهابا او وصية او اختلاط مال بغير صنع او بصنعهما بحيث لا يتميز
او يعسر كالجنس بالجنس او المايع بالمايع او خلط الحنطة بالشعير وهذا النوع من الشركة كان واقعا زمنه عليه الصلاة والسلام
كالشركة في المواريث والغنايم ونحوها قال وكل اجنبي في قسط صاحبه اي كل واحد منهما اجنبي في نصيب صاحبه حتى
لا يجوز له ان يتصرف فيه الا باذنه كما في غيره من الاجانب وان باع نصيبه من شريكه جاز كيف ما كان لولايته على ماله وكذا اذا
باعه من غيره لما ذكرنا الا في صورة الخلط والاختلاط فانه لا يجوز له ان يبيعه من اجنبي الا باذن شريكه لان خلط الشيء بما لا
يتميز الا بحرج اشتغال ملك
الا ان الملك عن الخلط
الا ان لاحد ما عيبا الفعل
فاذا فصل من غير العقد
حتى انعقد سببه الزوال من
وجه فادرت مشتقة زوال النصيب
كل واحد منهما الى شريكه في حق البيع
من الاجنبي فلا يجوز بيع نصيبه
الا برضا شريكه واما في غيره
ملك كل واحد منهما في هذه
الصورة على حالة لانه حجة
مثل البهايم مشتركة
واعلم ملك احدهما

كتاب الشركة

بعينه الا انه لا يتمكن التمييز بين ملكيهما فلا يقدر على تسليمه والعجز عن التسليم مانع من الجواز
بخلاف تمييز هذه الصورة من انواع الشركة لان ملك كل واحد منهما ثابت في كل جزء من اجزاء
العين وهو معلوم مقدور التسليم فيجوز قال وشركة العقد ان يقول احدهما شاركتك في كذا
ويقبل الآخر لانه عقد من العقود فلا بد من الاتيان بركنه وهو الايجاب والقبول بان يقول شاركتك
في بز او نحوه او في عموم التجارات وشرطها ان يكون التصرف المعقود عليه عقد الشركة مما يقبل الوكالة ليقع
ما يحصل لكل واحد منهما مشتركا بينهما فيحصل لنفسه بطريق الاصالة ولشريكه بطريق الوكالة ولا يمكنه ذلك
فيما لا يقبل التوكيل كالاحتطاب والاحتشاش ونحو ذلك من المباحات لان التوكيل لا يصح فيه فيكون ما
يكسبه له خاصة دون صاحبه ثم شركة العقود على ثلثة اوجه شركة بالمال وشركة بالاعمال وشركة الوجوه وكل
قسم ينقسم الى قسمين مفاوضة وعنان فصارت ستة اقسام وعقد الشركة جايز لانه عليه الصلاة والسلام
بعث والناس يتعاملون فقررهم عليه وروي ان السايب قال للنبي عليه السلام كنت شريكي في الجاهلية
فكنت خير شريك لا تداريني ولا تماريني رواه ابو داود وغيره من الثقات وقال عليه الصلاة والسلام
ان الله تعالى يقول انا ثالث الشريكين ما لم يخن احدهما صاحبه فاذا خان خرجت من بينهما رواه
ابو داود وروى البخاري واحمد ان زيد بن ارقم والبراء بن عازب كانا شريكين فاشتريا
فضة بنقد ونسية فبلغ ذلك النبي صلى الله عليه وسلم فامرهما ان ما كان بنقد فاجيزوه وما
كان بنسية فردوه فعلم بذلك ان شركة العقد مشروعة قال وهي مفاوضة ان تضمنت
وكالة وكفالة وتساويا مالا وتصرفا ودينا اي شركة العقد تكون مفاوضة بهذه الشروط
المذكورة لان المفاوضة تنبني على المساواة وهي مشتقة منها قال الشاعر لا يصلح الناس فوضى
لا سراة لهم اذا جهالهم سادوا والمساواة انما تكون بما ذكره على ما نبين وقيل المفاوضة مشتقة
من التفويض لان كل واحد منهما يفوض امر الشركة الى صاحبه على الاطلاق ولهذا كانت عامة في جميع
التجارات لتحقق المساواة ولا يصح الا بلفظ المفاوضة او بالنص على جميع ما يقتضيه المفاوضة لان
اكثر الناس لا يعرفون شرايطها فيشترط النص عليها او على مقتضاها لتكون معلومة ظاهرة وانما
شرطت الوكالة فيها ليتحقق المقصود وهو الشركة في المشترى لانه لا يقدر ان يدخل في ملك صاحبه
الا بالوكالة اذ لا ولاية له عليه ولا يقال الوكالة بالمجهول لا تجوز فوجب ان لا تجوز هذه الشركة
لتضمنها الوكالة بمجهول الجنس كما اذا وكله بشراء ثوب ونحوه لانا نقول التوكيل بالمجهول
لا يصح قصدا ويصح ضمنا حتى صحت المضاربة مع الجهالة لانه توكيل بشراء شيء مجهول في ضمن عقد
المضاربة فكذا هذا او فقد منه شركة العنان فانها جايزة بالاجماع وان تضمنت ما ذكرنا من الجهالة
في الوكالة اذ لا يعلم من
تضمن عقد الشركة الوكالة
ما ذكرنا او تفسد الجهالة
تفسد العقد لكونها مفضية
الى المنازعة الا اذا كانت وهنا
لا تفضي الى المنازعة فيجوز
قوله ان تضمنت الوكالة
ليس فيه فايدة يعتد به
عن غيرها من انواع الشركة
لان كل عقد شركة يتضمنها
ولا يصح الا بها

١٤٩

فلا تختص بالمفاوضة وشرطي الكفالة في هذا النوع من الشركة ليثبت المساواة بينهما بطلب كل واحد
منهما فيما باشره احدهما والايقال ان الكفالة لا تجوز الا بقبول المكفول له في المجلس فكيف جازت هنا
مع جهالته لانا نقول ذلك في التكفيل مقصودا واما اذا دخل في ضمن شي آخر فلا يشترط على ما ذكرنا
في اشتراط الوكالة مع الجهالة او نقول جوزناه لتعامل الناس وبمثله يترك القياس كما في الاستصناع واشترط
التساوي في المال لان لفظه ينبئ عن التساوي والمراد التساوي في مال تصح فيه الشركة كالنقود ولا يضرها التفاضل
في العروض وانما شرط ان يتساويا في التصرف لان المساواة شرط فيها وهي تفوت عند فوات المساواة في التصرف
كالحر والعبد او البالغ والصغير لان الحر البالغ يملك بنفسه وهما لا يملكانه الا باذن الولي والمولى ولانهما
لا يملكان التكفيل لكونه تبرعا ابتداء وهو شرط فيها وانما اشترط ان يتساويا في الدين لان الاختلاف فيه
يؤدي الى الاختلاف في التصرف فان الكافر اذا اشترى خمرا او خنزيرا لا يقدر المسلم على بيعه
ومن شرطها ان يقدر على بيع ما اشتراه به شريكه لكونه وكيلا له في البيع والشرا وكذا المسلم لا يقدر
على شرائهما كما يقدر الكافر عليه ففات الشرط وهذا عندهما وقال ابو يوسف تجوز بينهما لان
كلا منهما يملك التصرف ويستويان في الكفالة والوكالة ولا يعتبر بزيادة تصرف يملكه احدهما
الا انه يكره لان الكافر لا يهتدي الى الجائز من الفقود وتقييده انها تجوز بين الشافعي والحنفي
مع تفاوتهما في بيع متروك التسمية وشرائه وجوابه ما بيناه والفرق لهما ان الحنفي والشافعي لم
يتفاضلا في التجارة لان الشافعي في زعمه ان شرا متروك التسمية جائز لهما وفي زعم الحنفي غير جائز
لهما فقد استويا في التصرف فيما يرجع الى اعتقادهما وكذا الحاجة باقية بينهما فيلزمه فيرجع الى الخلاف
المسلم والذمي وتجوز بين الكافر لاستوائهما في ملك التصرف والكفالة ولا تجوز بين العبدين ولا بين
الصغيرين ولا بين الصغير ولا البالغ لفقد شرطها وهو ملك التصرف والكفالة فيهما او في احدهما
ثم في كل موضع لا يصح المفاوضة لفقد شرطها وهو ليس بشرط في العنان بان كان عنانا لاجتماع شرائطه
اذ هو اخص فاذا بطل الاعم تعين له قال فلا يصح بين حر وعبد وصبي وبالغ ومسلم وكافر
لما ذكرنا قال وما يشتريه كل يقع مشتركا الا طعام اهله وكسوتهم اي ما يشتريه كل واحد منهما
قايم مقام صاحبه في التصرف فكان شراؤه كشرائه والقياس ان يكون الطعام المشترى والكسوة مشتركا
بينهما لانهما من عقود التجارة فكان من جنس ما تناوله عقد الشركة الا انا استثنيناه للضرورة اذ كل
واحد منهما يشارك صاحبه كان عالما بحاجته ولم يقصد ان تكون نفقته ونفقة عياله على شريكه ولانه
لا يتمكن من تحصيله الا بالشرا فكان مستثنيا بهذا القدر من نص عليه من مقتضى العقد دلالة او عادة
وهو كالمنطوق وكذا الاستيجار للسكنى او للركوب لحاجته كالحج وغيره وكذا الادام او الجارية

ويعتبر من الثلث في المرض وله انه معاوضة انتهاء بخلاف ما اذا كانت بغير امره والكفالة
بالنفس وفي الغصب خلاف ابي يوسف ويلحق به المستهلك من الوديعة وغيره وهو يقول انه ليس
بتجارة فصار كارش الجناية وهما يقولان انه معاوضة ولهذا يصح الاقرار به من الماذون والمكاتب
وهذا ان ينفذ عن غير العاقد ان يكون بدلا عن شي يصح فيه الاشتراك وان لم يقع مشتركا كالحج نحو
بدل النفقة على غير العاقد لان النفقة يصح فيها الاشتراك فكذا بدل الغصب لانه معاوضة عندنا على
ما مر في العتاق وكذا اذا استاجر احدهما يلزم الآخر صاحبه لما ذكرنا ولان المساواة به يتحقق
ولا يلزمه ارش الجناية والمهر والخلع والصلح عن دم العمد ونفقة الزوجات والاقارب لان هذه الديون
بدل عما لا يصح الاشتراك فيه فلا يلزم الا المباشر لان كل واحد منهما لم يلتزم عن صاحبه بالعقد الا ديون
التجارة وهذه الاشيا ليست من باب التجارة ولم تدخل تحت العقد ثم ان ادى العاقد ثمن الطعام ونحوه من
مال مشترك بينهما رجع عليه الآخر بحصته وان ادى غير العاقد ثمن الطعام ونحوه من مال مشترك بينهما
من ماله خاصة رجع عليه بالكل وان ادى من مال مشترك بينهما رجع بحسابه لانه قضى دينه بمال صاحبه
او قضى عنه صاحبه بامره قال وبطل ان وهب لاحدهما او ورث ما يصح فيه الشركة اي بطلت
المفاوضة اذا ورث احدهما او وهب له ما تصح فيه الشركة ووصل الى يده وهو النقدان لفوات المساواة
فيما يصلح راس المال اذ المساواة فيها شرط ابتداء وبقاء وقد فاتت اذ لا يشاركه الآخر فيه لانعدام
السبب في حقه وينقلب عنانا للامكان اذ لا يشترط فيه المساواة قال لا العرض اي لو ملك احدهما
عرضا لا تبطل المفاوضة به لان التفاوت فيه لا يمنع ابتداء فكذا بقاء وهذا لان المفاوضة لا تبطل بتفاوتهما في المال الا في مال يصح فيه عقد الشركة ابتداء اي الدراهم والدنانير والفلوس النافقة وما لا فلا
ولو ورث احدهما دينا وهو دراهم او دنانير لا تبطل حتى يقبض لان الدين لا يصح الشركة فيه فاذا
قبض بطلت المفاوضة لانه صار بحال يمنع ابتداء المفاوضة فيمتنع البقاء لان البقاء ما ليس بلازم
من العقود حكم الابتداء والمفاوضة منها قال ولا يصح مفاوضة وعنان بغير النقدين والتبر
والفلوس النافقة وقال مالك تجوز في العروض اذا اتحد الجنس لاشتراكهما في راس مال معلوم كالنقود بخلاف المضاربة لانها جوزت مع المنافي وهو ربح ما لم يضمن فاقتصر على مورد الشرع قال ولنا
انه يؤدي الى ربح ما لم يضمن لانه اذا باع كل واحد منهما راس ماله وتفاضل الثمنان فما يستحقه احدهما
من الزيادة ثمن مال صاحبه ربح ما لم يضمن وما لم يملك بخلاف النقدين لان ما يشتريه احدهما يدخل
وثمنه في ذمته يرجع به على صاحبه بحسابه اذ لا تتعين فكان ربح ما يضمن ولان اول التصرف في العروض البيع
وفي النقود الشرا وبيع الانسان ماله على ان يكون الثمن مشتركا بينه وبين غيره لا يجوز بخلاف الشرا ولانه

ولا المضاربة لانّ رواجها عارض باصطلاح الناس فكان على شرف الزوال فنصير عرضا فلا تقع راس
المال في الشركة والمضاربة لانه لا يمكن راس المال بالعدد بعد الكساد ولا بالقيمة لانه لا يعرف الا بالحزر
فيؤدي الى النزاع وقيل ابو يوسف مع محمد والاقيس ان يكون مع ابي حنيفة لما عرف من اصلهما ان الفلوس
تتعين بالقصد عندهما وان كانت تروج بين الناس حتى جاز بيع فلس بفلسين باعيانهما عندهما خلافا له
والاصح انها تجوز في الفلوس عندهما لانها اثمان باصطلاح الكل فلا تبطل ما لم يصطلح على ضده واما التبر وهو
ما كان غير مضروب من الذهب والفضة فجعله في شركة الاصل والجامع الصغير بمنزلة العروض فلم يصلح
راس مال الشركة والمضاربة وجعله في صرف الاصل كالاثمان لان الذهب والفضة ثمن باصل الخلقة والاول هو
ظاهر المذهب ووجهه ان الثمنية تختص بضرب مخصوص لانه بعد الضرب لا يصرف الى شيء اخر غالبا ح
المعتبر هو العرف فكل موضع جرى التعامل به فهو ثمن والا فحكمه حكم العروض في حكم التعيين وعدم جواز الشركة
والمضاربة واما المكيل والموزون والعددي المتقارب فلا تصح الشركة فيها قبل الخلط وان خلطا وجنسه متحد
كذلك عند ابي يوسف ويكون المخلوط بينهما شركة ملك وهو ظاهر الرواية وعن محمد انه شركة عقد وثمرة الخلاف تظهر
في استحقاق المشروط من الربح فعند محمد يستحق وعند ابي يوسف يكون بينهما على قدر ماليهما وتبطل شرط التفاوت
وجه قول محمد ان المكيل والموزون ثمن من وجه حتى يصح الشرا به دينا في الذمة عرض من وجه حتى يتعين با
لتعيين فبالنظر الى انه عرض لم تصح الشركة فيه قبل الخلط وبالنظر الى انه ثمن تجوز بعده رعاية للشبهين و
توفيرا لحظيهما عليهما بخلاف العروض وجه ظاهر الرواية ان ما يصلح راس مال الشركة لا يختلف الحكم فيه بين
الخلط وعدمه لان المعنى المانع موجود في الحالين وهو تعينه بالتعيين فصار كما اذا خلطاه بخلاف جنسه وفرق
محمد بينهما بانه اذا اخلط الجنس بجنسه يكون من ذوات الامثال حتى يضمن متلفه مثله واذا اخلط بخلاف جنسه
يكون من ذوات القيم حتى يضمن متلفه قيمته وابو يوسف يقول لا تاثير لكونه من ذوات الامثال كما قبل
الخلط قال ولو باع كل بعض نصف عرضه بنصف عرض الاخر وعقد الشركة صح اي لو باع كل واحد منهما
نصف ماله من العروض بنصف عرض الاخر وعقدا عقد الشركة بعد البيع جازت الشركة وصارت شركة عقد
وهذا لانه بالبيع صار شركة ملك حتى لا يجوز لكل واحد منهما ان يتصرف في نصف الاخر ثم بالعقد بعد ذلك صار
شركة عقد فيجوز لكل واحد منهما ان يتصرف في نصيب صاحبه وهذه حيلة لمن اراد الشركة في العروض لانه بذلك
يصير نصف مال كل واحد منهما مضمونا على صاحبه بالثمن فيكون الربح الحاصل من المالين ربح ما يضمن فيجوز
بخلاف ما اذا لم يبيعا على ما بينا وحمل بعضهم ما ذكره هنا من بيع نصف مال كل واحد منهما على ما اذا كانت قيمتهما
على السواء واما اذا كانت قيمتهما متفاوتة فيبيع صاحب الاقل بقدر ما يثبت به الشركة كما اذا كان قيمة عرض احدهما
اربعمائة وقيمة عرض الاخر مائة فيبيع صاحب الاقل اربعة اخماس عرضه بخمس عرض الاخر فيصير المال كله بينهما
اخماسا وهذا الذي
قيمة ... الى لا يجوز
ان يبيع كل واحد منهما
نصف ماله بنصف مال الاخر
وان تفاوتت قيمتهما على ... يصير
المال بينهما نصفين ولذا
العكس جائز وهو ما اذا كانت
مجموعها متساوية فباعه على
التفاوت بان باع احدهما ربع
ماله بثلاثة ارباع مال الاخر
حتى يكون المال كله بينهما
ارباعا فيعلم بذلك ان
قوله باع نصف ماله

بنصف مال الاخر وقع اتفاقا او قصدا ليكون شاملا للمفاوضة والعنان لان المفاوضة شرطها
التساوي بخلاف العنان وقوله بنصف عرض الاخر وقع اتفاقا لانه لو باعه بالدراهم ثم عقد الشركة في
العروض الذي باعه جاز ايضا قال وعنان ان تضمنت وكالة فقط اي هي عنان ان تضمنت الوكالة
وحدها ولم تتضمن الكفالة وهي ان يشترك الرجلان في نوع بز او طعام او في عموم التجارة ولم يذكرا الكفالة
والعنان ماخوذ من قولهم عنّ له كذا اي عرض له قال امرؤ القيس • فعنّ لنا سرب كان نعاجه عذارى •
دوار في ملاء مذيل • اي عرض ومن قولهم عنّ له بمعنى ظهر له لانه ظهر له ان يشاركه في البعض من ماله
لان العنانة لا يثبت على العموم من كل وجه او من عنان الدابة على معنى ان راكب الدابة يمسك العنان باحدى
يديه ويعمل بالاخرى فكذا كل واحد من الشريكين يجعل عنان التصرف في بعض المال لصاحبه ومالك
والشافعي لم يجيزا هذا الاسم على هذه الشركة وقالا هذه كلمة تطلق بها اهل الكوفة ليمكنهم التمييز بين الشركة
العامة والخاصة من غير ان تكون مستعملا في كلام العرب وهذا خطأ فانه مستعمل في كلام العرب • قال
النابغة • شاركنا قريشا في تقاها وفي احسابها شرك العنان • وان تضمنت الوكالة لتحقق مقصوده وهو
١٥١ الشركة فيما يشتري به كل واحد منهما ولا حاجة الى تضمنه الكفالة لا ينبئ عن المساواة بخلاف المفاوضة قال
ويصح مع التساوي في المال دون الربح وعكسه وهو ان يتساويا في الربح دون المال ومعناه ان يشترط الاكثر
للعامل منهما او لاكثرهما عملا وان شرطاه للقاعد اي لا يعمل منهما عملا لا يجوز وقال زفر يستحقان الربح على قدر
ماليهما ولا يجوز انه يشترط خلاف ذلك لانه يؤدي الى ربح ما لم يضمن لان الضمان بقدر راس المال ولهذا
لا يجوز اشتراط الوضيعة على خلاف راس المال فكذا الربح ولنا قوله عليه الصلاة والسلام الربح على ما شرطا
والوضيعة على قدر المالين ولان الربح يستحق باحدى ثلاثة اشياء بالمال والعمل والضمان وقد وجد العمل هنا
فوجب ان يستحق المشروط به كالمضارب فانه يستحقه بالعمل والاستاذ الذي يتقبل الاعمال بالضمان وغيرها
بالمال ولان الحاجة مست الى اشتراط التفاضل لان احدهما قد يكون اهدى واحذق في التجارة ولا يرضى
بالمساواة فوجب القول بجوازه كيلا يتعطل مصالحهم بخلاف اشتراط جميع الربح لانه يخرج به عن الشركة و
المضاربة الى القرض او البضاعة وبخلاف الوضيعة لانه امين فلا يجوز اشتراط الضمان عليه لان الامانة تنافيه
كالوديعة وغيره ولا يمنع استحقاق الزيادة من الربح بعمله بشرط ان يكون عمله مثل عمل شريكه او اكثر لما ذكرنا
ولانه يشبه المضاربة من حيث انه يعمل بمال غيره ويشبه الشركة من حيث الاسم ووجود المال والعمل
منهما فقلنا جاز اشتراط الزيادة اعتبارا بالمضاربة ولا تبطل باشتراط العمل عليهما اعتبارا با
لشركة لحقيقة ان لكل واحد منهما يعمل في مال صاحبه وفي مال نفسه وعمله في مال صاحبه باجرة فيستحق
المسمى كالمضاربة قال وببعض المال اي تجوز ببعض المال دون بعض لان الحاجة ماسة اليه
والمساواة ليست
شرطا فيه فوجب القول
بجوازه قال و
بخلاف الجنس اي
يجوز بخلاف الجنس
ايضا بان كان من احدهما
دراهم ومن جهة
الاخر دنانير وقال زفر
والشافعي لا يجوز لان
الربح فرع المال ولا يتصور
الشركة في الربح الا بخلطهما
بعد الخلط وفرع الشركة
الاصل ولا يتصور ذلك

بلا خلط والجنسان لا يختلطان فيكون نصيب كل واحد منهما متميزا عن نصيب الآخر ولا اشتراك مع
الامتياز ولفظ الشركة يدل على الاختلاط على ما بينا ولنا ان الشركة عقد توكيل من الطرفين ليشتري كل واحد
منهما بشيء في ذمته على ان المشترى بينهما وهذا لا يفتقر الى الخلط والربح يستحق بالعقد كما يستحق بالمال
وهذا يسمى العقد شركة وهذه الشركة مستندة الى العقد حتى جازت شركة الوجوه والتقبل لا الى المال لان تكون لا اضافة
لها بالعقد فاذا كانت مستندة الى العقد لم يشترط فيها الخلط والمساواة والاتحاد وقيل هذه المسئلة مبنية
على ان الدراهم والدنانير يتعينان عندهم كالعروض وعندنا لا قال وعدم الخلط اي يجوز هذه الشركة مع عدم
الخلط بين المالين على ما بينا آنفا والخلاف فيه قال وطولب المشتري بالثمن فقط اي طولب المشتري وحده
بالثمن هنا ولا يطالب الآخر فيما اشتراه للشركة لان العنان يقتضي الوكالة دون الكفالة والمباشر هو الاصيل
في الحقوق فيرجع به عليه بخلاف المفاوضة قال ورجع على شريكه بحصته منه اي من الثمن لانه وكيل له وادى
الثمن من ماله فيرجع عليه بحسابه وان نقد من مال مشترك لم يرجع عليه وان اختلفا بان ادعى انه اشترى عبدا
للشركة وهلك فعليه البينة لانه يدعي عليه حق الرجوع وهو ينكر فالقول قوله قال وتبطل بهلاك المالين
او احدهما قبل الشراء لان الشركة عقد جائز وليس بلازم فيكون لبقائه حكم الابتداء ولان النقود تتعين فيها كما
في الهبة والوصية فكانت معقودا عليها فتبطل بالهلاك كما في هلاك المبيع قبل القبض فاذا هلك هلك من مال صاحبه
لانه باق على ملكه بعد العقد فلا يجب عليه ضمان ماله ان هلك في يده وان هلك في يد صاحبه فهو امين فلا يضمن وان
هلك بعضه بعد الخلط بقي الباقي على الشركة وان هلك كله تبطل الشركة لما ذكرنا ان النقود تتعين فيها بخلاف المضاربة في
الوكالة المفردة حيث لا تبطلان بهلاك النقود التي ورد عليها العقد قبل القبض وان هلكت بعد القبض قبل الشراء
تبطل المضاربة والوكالة لانها تتعين بالقبض لا بالعقد قال وان اشترى احدهما بماله وهلك مال الآخر
فالمشترى بينهما يعني على ما شرطا لان الشركة كانت قائمة وقت الشراء فوقع الملك مشتركا بينهما فلا يتغير بهلاك
الآخر ثم الشركة شركة ملك عند الحسن بن زياد فلا يجوز لكل واحد منهما ان يتصرف الا في نصيبه لان شركة العقد
بطلت بهلاك احد المالين وعند محمد شركة عقد حتى يجوز لكل واحد منهما التصرف فيه لانه حين وقع مشتركا بينهما
شركة عقد فلا تبطل بالهلاك بعد تقرره كما لو اشتريا بالمالين ثم هلك المالان قبل النقد قال ورجع على
شريكه بحصته منه اي من الثمن لانه وكيل في حصة شريكه وقد نقد الثمن من ماله فيرجع عليه بحسابه لعدم الرضا
بدون ضمانه هذا اذا هلك احد المالين بعد شراء احدهما فلو هلك قبل الشراء ثم اشترى الآخر بماله ينظر فان كانا
صرحا بالوكالة في عقد الشركة فالمشترى بينهما على ما شرطا لان عقد الشركة ان بطل بالهلاك فالوكالة المصرح
بها باقية فكان المشترى مشتركا بينهما بحكم الوكالة المفردة ويرجع عليه بحصته من الثمن لما ذكرنا وان ذكرا مجرد
الشركة ولم يذكرا في عقد الشركة الوكالة فالمشترى يكون للمشتري خاصة لان دخوله في ملكه بحكم الوكالة التي في ضمن

قال وتفسد ان شرطا لاحدهما دراهم مسماة من الربح

علما اذا لم ينفقا عليها
ما اذا نفقا على الوكالة والثاني
مشتركا فالاول محمول على
وفي بعضها اطلق انه لا يكون
بعض النسخ انه يكون مشتركا بينهما
عادت معقودة في اطلق في
ما اذا احدهما بها لا تنفا
ببطلانها فيهما فكان
الاول وفي بطلت التي

لانه شرط

لانه شرط يوجب انقطاع الشركة في بعض الوجوه فلعله لا يخرج الا القدر المسمى لاحدهما من الربح
ونظيره المزارعة عند من يجيزها قال ولكل من شريكي العنان والمفاوضة ان يبضع ويضارب
لانه معتاد بين التجار ولان له ان يستأجر من يتجر فيه فبعقد الابضاع اولى لانه دونه لعدم المؤنة فيه
قال ويستأجر اي ليتجر فيه او يحفظ المال لانه معتاد بين التجار ولانه قد يتعذر عليه مباشرة العمل
بنفسه فلا يجد بدا منه قال ويودع لانه اقامة الحافظ في المال فاذا كان له ان يحفظ باجير فبغير اجر
اولى قال ويضارب لانه بالدفع الى المضارب يصير المضارب مودعا وبالتصرف وكيلا وبالربح
اجيرا شريكا والشركة ضرورية يثبت ضرورة استحقاق الاجر من الربح مشاعا فله ان يفعل هذه
الاشياء كلها على انفراد فكذا على اجتماع ولانها استئجار ببعض الخارج من العمل فاذا كان له ان يستأجر
بشيء في الذمة فلان يجوز هذا اولى وعن ابي حنيفة انه ليس له ذلك لانه نوع شركة والاول اصح وهو
رواية الاصل لان الشركة فيه غير مقصودة وانما المقصود تحصيل الربح فصار كما اذا استأجر ليتجر
فيه بل اولى على ما بينا بخلاف الشركة لان الشيء لا يتضمن مثله والمضاربة دون الشركة فتتضمنها والدليل
على انها دونها ان المضارب ليس عليه شيء من الوضيعة وانه اذا فسدت لا يستحق شيئا من الربح ولا يلزم على
هذا المكاتب والماذون له في التجارة حيث يجوز للمكاتب ان يكاتب وللماذون له ان ياذن وان كانا
مثلهما لانا نقول اطلق لهما الاكتساب وهذا من بابه الا ترى انه يجوز لهما البيع وهذا وهذا لا يخرج
في الاذن عن ملكه اصلا وفي الكتابة حتى يقبض الثمن وهو بدل الكتابة ولان المنع عن استتباع المثل في حق
الغير واما في حق نفسه فلا يمنع والمكاتب او الماذون له تصرف لنفسه بعد فك الحجر فلا يمنع من ذلك بخلاف
الوكيل والمضارب والشريك قال ويوكل لانه متعارف بينهم وهو دون الشركة ولانه لما كان له ان يستأجر
من يحفظ المال ومن يتجر فاولى ان يكون له لانه دون الاستئجار قال ويده في المال امانة لانه قبضه باذن
صاحبه لا على وجه المبادلة والوثيقة فصار كالوديعة والعارية قال وتقبل ان اشترك خياطان او
خياط وصباغ على ان يتقبلا الاعمال ويكون الكسب بينهما اي شركة العقد تقبل اي شركة تقبل على حذف المضاف
وتسمى شركة الصنائع وشركة الاعمال وهذه الشركة جائزة عندنا وقال الشافعي لا يجوز وهو احدى الروايتين
عن زفر لان الشركة في الربح تنبني على الشركة في راس المال على اصلهما ولا مال لهما فكيف يتصور التنمية بدون
الاصل ولنا ان المقصود تحصيل المال بالتوكيل وهذا مما يقبل التوكيل فيجوز الا ترى انه لو وكله بتقبل الاعمال
من غير ان يكون للعاقد فيه شركة يجوز فكذا اذا كان له فيه شركة كالشراء وهذا لان الشريك قد يستحق الربح بالعمل كما
يستحقه بالمال كالمضارب ورب المال وقد استحقاه بالمال فقط على ما ذكرنا فكذا وجب ان يستحقاه بالعمل فقط
ويكون هذا عقد شركة لا اجارة ولهذا لا يحتاج فيه الى بيان المدة بل يجوز مطلقا كالمضاربة ولا يشترط فيه اتحاد

المستعمل بدفع الاجرة
ان يعمل احدهما ويرد
ويطالبان بالاجر ويبرا
فيطالب كل واحد منهما بالعمل
والشريك بالوكالة فيجب عليهما
لانه يتقبل لنفسه بالاصالة
وكل ما يتقبله احدهما يلزمهما
فتختلف بها فلا مانع
امكان التحصيل بالتوكيل لا
الى لا يجوز للشركة وهو
فلان قال زفر ومالك فيهما لا
وكذا الاشتراك في اتحاد المكان
العمل او اختلافه
في العمل وايهما في

الى احدهما وهذا ظاهر في المفاوضة وفي العنان استحسان والقياس ان لا يلزمه وان لا يطالب به غير المتقبل
لانه مقتضى الكفالة والكفالة لم تثبت مقتضى المفاوضة وجه الاستحسان ان العمل هنا كالثمن في الشركة في المال
فكما يرجع على شريكه هناك بالثمن فكذا يرجع عليه هنا بالعمل ولا يمكن ذلك الا بضمان العمل لانه لو اخذ الى ما بعد
لسقط حقه في الرجوع اذ لا يمكن ضمان العمل بعد الفراغ منه بخلاف الثمن فلهذا المعنى استوى في هذه الشركة
حكم العنان والمفاوضة في الضمان وهذا لان الربح يستحق اما بالمال او بالعمل ولا مال لهما فتعين العمل
ولا وجه لضمان العمل الا على هذا الوجه قال وكسب احدهما بينهما يعني اذا عمل احدهما دون
الآخر كانت الاجرة بينهما على ما شرطا اما استحقاق العامل فظاهر واما الآخر فلانه لزمه العمل
بالتقبل فيكون ضامنا له فيستحق بالضمان وهو لزوم العمل ولو شرطا العمل نصفين والمال اثلاثا
جاز والقياس ان لا يجوز لان الخراج بالضمان فالزيادة على ما ضمن من العمل ربح ما لم يضمن فوجب
ان لا يجوز كشركة الوجوه ووجه الاستحسان ان العمل لا يتقوم الا بالعقد او شبه العقد فللانسان ان
يقوم عمله بما شاء فاذا قوما عمل احدهما بشيء وعمل الآخر بانقص منه او ازيد لا يمتنع كثمن العبد
فيكون ما ياخذه من الاجرة بدل عمله ابتداء لا ربحا لان الربح يكون عند اتحاد الجنس وقد اختلف
لان العمل غير المال بخلاف شركة الوجوه لان ما يلزم كل واحد منهما من الثمن متقوم وكذا المشتري
متقوم فيستحقان من الربح بقدر ما ضمناه قال ووجوه ان اشتركا بلا مال على ان يشتريا بوجوههما
ويبيعا اي هذه شركة وجوه يعني شركة العقد شركة وجوه وتفسيره ما بينه سميت به لانه لا يشتري بالنسيئة الا
من له وجاهة عند الناس وقيل لانهما يشتريان من الوجه الذي لا يعرف وقيل لانهما اذا جلسا ليدبرا امرهما
ينظر كل واحد منهما الى وجه صاحبه صاحبه ويكون هذا النوع من الشركة عنانا ومفاوضة كشركة التقبل
واذا اتفقا على المفاوضة او ذكرا جميع ما تقتضيه المفاوضة واجتمعت فيهما شرائطها صارت مفاوضة فيهما
والا فعنان وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز هذا النوع من الشركة لان خلط المال شرط عنده فلا يجوز بغير مال وعندنا
يجوز لان المقصود من الشركة الفضل بالوكالة وقد امكن لان الشراء والبيع مما يقبل الوكالة على ما بيناه في شركة
التقبل ويكون كل واحد منهما وكيل الآخر فيما يشتريه لانه لا ولاية له على صاحبه الا به قال وتتضمن الوكالة
لانه بذلك يتمكن من التحصيل لصاحبه اذ لا ولاية له عليه ولهذا تتضمنها جميع انواع شركة العقود وتتضمن الكفالة
ايضا مع ذلك اذا كانت مفاوضة لما بينا ذكره في الكتاب قال وان شرطا مناصفة المشتري او مثالثته
فالربح كذلك ويبطل شرط الفضل لان الربح لا يستحق الا بالعمل كالمضارب او بالمال كرب المال او بالضمان كالاستاذ
الذي يتقبل العمل من الناس ويلقيه على التلميذ بادنى مما اخذ فيطيب له الفضل بالضمان ولا يستحق بغيرها الا
ترى ان من قال لغيره تصرف في مالك على ان لي بعض ربحه لا يستحق شيئا لعدم هذه المعاني واستحقاق
الربح في شركة الوجوه
بالضمان والضمان بقدر
الملك في المشتري فكان
الربح الزائد عليه ربح
ما لم يضمن وهو غير
جائز وفي المضاربة فانه
على خلاف القياس وشركة
الوجوه ليست في معناها
اذ لا يعمل في مال معين
وتعين المال هو المجوز
للمضاربة الا ترى ان المال
ما كان معينا في شركة الوجوه

جاز ايضا اشتراط التفاضل بشرط العمل على ما بينا من قبل فصل في الشركة الفاسدة ولا تصح
شركة في احتطاب واصطياد واستقاء وكذا اخذ كل مباح كالاحتشاش واجتناء الثمار من الجبال
لان التوكيل اثبات ولاية التصرف فيما هو ثابت للموكل ولا يمكن تحقيق هذا المعنى هنا لان الموكل
لم يملكه فلا يملك اقامة غيره مقامه ولان المباح لمن اخذه فلا يمكن ايقاع الحكم فيه لغيره قال
والكسب للعامل لما ذكرنا قال وعليه اجر مثله للآخر لانه استوفى منفعة غيره بعقد
فاسد فيجب عليه اجر مثله مع ما شرطا كما لو لاحدهما بغل وللآخر راوية ليستقيا عليهما الماء فما
بينهما استقى له فهو له وعليه اجر مثل الآخر بالغة ما بلغت عند محمد وعند ابي يوسف لا يجاوز
به المسمى واصله ان الاجارة اذا فسدت تجب اجر المثل ثم ان كان المسمى معلوما لا يزاد اجر
المثل على المسمى وان كان مجهولا كما اذا جعل للآخر دابة او ثوبا او استاجر دارا او حماما على
ان العمارة على المستاجر تجب بالغا ما بلغ اذ لا يمكن تحديده بشيء ولم يتم رضاه بشيء وان كان معلوما
من وجه دون وجه كالجزء الشائع مثل النصف والربع ونحو ذلك فعند محمد رحمه الله تجب بالغا ما بلغ
لان النصف مجهول لانه يكثر بكثرة ما يحصل وينقص عند قلته فلا يتم رضاه الا بشيء مقدر وعندهما
لا يزاد على المسمى لانه معلوم من كل وجه ما يحصل بعمله فيتم رضاه به واكثر ما يقع هذا في المضاربة
والمزارعة لمحمد مال الى كونه مجهولا وهما الى كونه معلوما ما اذا كان المباح فيما يحصل فيما لمن اخذه يجب
عليه للآخر اجر المثل على ما ذكرنا وان اخذاه معا يكون مشتركا بينهما ثم ان علم ما اخذه كل واحد منهما
بالكيل او الوزن في المكيل والموزون مثل التمر ونحوها او حسبا القيمة في القيمي فلا كلام فيه وان لم يعلم
فدعوى كل واحد منهما تصدق الى النصف ولا يصدق فيما زاد على ذلك لانهما استويا في الكسب
وفي كونه في ايديهما فكان في يد كل واحد منهما النصف ظاهرا فلا يصدق فيما ادعى الا ببينة
قال والربح في الشركة الفاسدة بقدر المال وان شرط الفضل لان الاصل ان الربح تبع للمال كالريع
وانما عدل عنه عند صحة التسمية ولم تصح فيبطل شرط التفاضل لان استحقاقه بالعقد فيكون في تعدية الفساد
وهو واجب الدفع قال وتبطل الشركة بموت احدهما ولو حكما اي ولو كان الموت حكما بان ارتد
احدهما ولحق بدار الحرب وحكم بلحاقه لان الشركة من العقود الجائزة فيكون لدوامها حكم ابتدائها
وهذا لانها تتضمن الوكالة ولا بد منها لتحقق المقصود وهو الشركة في المشترى على ما مر والوكالة
تبطل بالموت واللحاق على ما عرف في موضعه ولا فرق بين ان يعلم موت صاحبه او لم يعلم لانه عزل
حكمي فاذا بطلت الوكالة بطلت الشركة يعني شركة العقد ثم الفائدة فيما لا يشترط علمه لبثبوته ضمنا بخلاف
ما اذا فسخ احدهما الشركة حالة يكون له الفسخ فيها بان كان المال دراهم او دنانير حيث يتوقف على
علم الآخر لكونه عزلا قصديا
فصل فليس لاحد
ولم يؤد كل مال الآخر
اي لا يزكي كل واحد منهما
نصيب صاحبه لانه لم يؤذن
له فيها لان الاذن بينهما
وقع في التجارة والزكاة
ليست منها قال
وان اذن كل ابد اذن
لكل واحد منهما
الحرام

لصاحبه باداء الزكوة عنه وادى بامعاً ضمنا ولو متعاقباً ضمن الثاني علم باداء صاحبه او لم يعلم وهذا عند ابي
حنيفة وقالا ان علم يضمن والا فلا كذا اشار في كتاب الزكوة وفي الزيادات لا يضمن علم باداء شريكه او لم يعلم
وهو الصحيح عندهما وعلى هذا الخلاف الوكيل باداء الزكوة والكفارات اذا ادى الآمر بنفسه مع المأمور او قبله او
اعتق لهما انه مأمور بالاداء وقد اتى به وليس في وسعه ان يعقد زكوة او كفارة لتعلقه بنية الآمر فصار
كالمأمور بذبح دم الاحصار اذا ذبحه بعد ما زال الاحصار وحج الآمر **وله** انه اتى بغير المأمور به لان
المأمور به اسقاط الفرض عنه ولم يسقط به الفرض اذ لا يلزم الصدقة الا لدفع الضرر عن نفسه فصار مخالفاً فيضمن
علم او لم يعلم اذ دم الاحصار ما وجب ما معذور به باداء الاحامد وهو حكمي فلا يشترط علمه بخلاف المأمور
بقضاء الدين حيث لا يضمن بقضائه بعد علم بعد قضاء الآمر لانه لم يخالف لان المأمور به جعل المقبوض
مضموناً على القابض بعد الهلاك وبخلاف دم الاحصار لانه ليس بواجب عليه فانه يمكنه ان يصبر حتى يزول
فيتحلل باداء افعال النسك وقد اتى به على الوجه المأمور به كيف ما كان فلا يضمن وقيل هو على الخلاف ايضاً فلا
يرد اشكالاً **قال** وان اذن احد المتفاوضين لصاحبه ان يشتري امة ليطأها ففعل فهي له بلا شيء وهذا عند ابي
حنيفة وقالا يرجع عليه بنصف الثمن لان الملك وقع له خاصة حتى حل له وطؤها والثمن بمقابلة الملك فيكون
عليه خاصة وقد قضاه من مال مشترك فيرجع عليه صاحبه بحصته كما في ثمن الطعام والكسوة **وله** ان الجارية
تدخل في ملكهما جرياً على مقتضى الشركة اذ لا يملكان تغييره ثم الاذن يتضمن هبة نصيبه لان الوطء لا يحل الا بالملك
تصادكما اذا استديا بها ثم قال احدهما للآخر اقبضها لك كانت هبة وكما اذا قال لمخص اقض ديني على
ان لك نفسك مقبضه كان هبة له وكما اذا قال لشخص ادع الزكوة فادى عنه كان تمليكاً منه في ضمن قبض بنفسه
الفقير بخلاف طعام الاهل وكسوتهم لان ذلك مستثنى عن الشركة للضرورة فيقع الملك له خاصة بنفس
العقد فكان مؤدياً ديناً عليه من مال الشركة ولا ضرورة في مسئلتنا فلا يستثنى فيدخل في ملكهما فيكون ثابتاً
ديناً عليهما وللبائع ان يأخذ بالثمن ايهما شاء على التقديرين لما بينا في الطعام والكسوة والله اعلم

كتاب الوقف

الوقف في الاصل مصدر وقفه اذا حبسه وقفاً ووقف بنفسه
وقوفاً يتعدى ولا يتعدى منه وقف عقاره على كذا اي حبسه عليه ويسمى به المفعول مبالغة كقولهم نسج اليمين
وضرب الامير للمنسوج والمضروب **قال** رحمه الله هو حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة
وهذا في الشرع وهو عند ابي حنيفة وعندهما حبس العين على ملك الله تعالى **قال** والملك يزول بالقضاء لا الى
مالك ابي بقضاء القاضي لانه فصل مجتهد فيه فينفذ قضاؤه وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يزول من غير
قضاء واصل الخلاف ان الوقف لا يجوز عند ابي حنيفة اصلاً وهو المذكور في الاصل وقيل يجوز عنده الا انه
لا يلزم بمنزلة العارية حتى يرجع فيه اي وقت شاء ويورث عنه اذا مات وهو الاصح وعندهما يجوز ويزول ملك الواقف

الفا

فقال يا رسول الله اصبت ارضاً لم اصب مالاً انفس عندي منه فما تأمرني
فقال ان شئت حبست اصلها وتصدقت بها
اصاب ارضاً من ارض خيبر
لهما ما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما
حتى يجعل للوقف وليا ويسلمه اليه
القول وعند محمد لا يزول
عنه فعند ابي يوسف يزول بمجرد

حبست اصلها

حبست اصلها وتصدقت بها فتصدق بها عمر على ان لا يباع ولا يوهب ولا يورث في الفقراء وذوي
القربى وفي الرقاب والضيف وابن السبيل لا جناح على من وليها ان يأكل منها بالمعروف ويطعم غير متمول رواه
احمد والبخاري ومسلم وغيرهم وقال عليه الصلاة والسلام اذا مات الانسان انقطع عمله الا من ثلث اشياء
صدقة جارية او علم ينتفع به او ولد صالح يدعو له رواه احمد ومسلم وابو داود وغيرهم ولان الصحابة و
التابعين ومن بعدهم الى يومنا هذا قد تعاملوه فكان اجماعاً ولان الحاجة ماسة الى ان يلزم الوقف ليصل
ثوابه اليه على الدوام وقد امكن دفع الحاجة باسقاط الملك وجعله لله تعالى كما في المساجد وتخرج عن ملكه
كما خرج المسجد فاذا ثبت هذا فقال ابو يوسف يزول عن ملكه بمجرد القول لانه اسقط ملكه لله تعالى فصار
كالعتق وقال محمد لا يزول حتى يسلمه الى المتولي لانه صدقة فيكون التسليم من شرطه كالصدقة المنفذة
بخلاف التمليك من الله تعالى لا يتحقق قصداً لانه مالك للاشياء ولكنه يثبت في ضمن التسليم الى العبد كما في الزكوة
وغيرها من الصدقات المنفذة ولابي حنيفة رحمه الله قال قوله عليه الصلاة والسلام لا حبس عن فرائض الله تعالى
وقال شريح جاء محمد ببيع الحبس ولان الملك فيه باق لان غرضه التصدق بغلته وهو لا يتصور الا
اذا بقي الاصل على ملكه ويدل عليه قوله عليه الصلاة والسلام لعمر فيما رواه النسائي وابن ماجة احبس
اصلها وسبل ثمرتها اي احبسه على ملكك وتصدق بثمرتها والا لكان مسبلاً جميعاً وهذا لان خروج الملك
لا الى مالك غير مشروع مع الانتفاع انتفاعاً عن السايبة وهي التي يسيبها مالكها فيخرجها عن ملكه بزعمهم
ولا يتناول منها الا الفقراء او الضيوف بخلاف الاعتاق او المسجد لانه تحرر عن حق العبد
حتى لا يجوز له ان ينتفع به وهذا لا ينقطع عنه حق العبد حتى كان له ولاية التصرف فيه بصرف غلاته الى مصارفه
ونصب القيم ولانه تصدق بالغلة او بالمنفعة المعدومة وهو غير جائز الا في الوصية ومار وياه لا يدل
على لزومه ولهذا اراد عمر رضي الله عنه ان يبيع ذلك بعد موت النبي صلى الله عليه وسلم ثم كره ان ينقض
ما كان بينه وبين النبي صلى الله عليه وسلم فتركه ذكره الطحاوي ولو كان لازماً لما حل له ان ينقض الا انه
اذا حكم به حاكم يرى لزومه يلزم لانه فصل مجتهد فيه كساير المجتهدات وطريق الحكم فيه ان يسلم الوقف
الى المتولي ثم يرجع الواقف بعلة انه غير لازم فيختصمان الى الحاكم ويحكم بانقطاع ملكه عن الوقف
لزم بالاجماع لما ذكرنا هذا اذا حكم به للمتولي واما الحكم فلا يلزم بحكمه في الصحيح لان للقاضي ان
ينقض حكمه على ما عرف في موضعه ولو علق الوقف بموته بان قال اذا مت فقد وقفت داري على كذا ثم مات
صح ولزم اذا خرج من الثلث لان الوصية بالمعدوم جائز كالوصية بالمنافع ويكون ملك الميت باقياً فيه
حكماً فيتصدق عنه دائماً وان لم يخرج من الثلث يجوز بقدر الثلث ويبقى الى ان يظهر له مال آخر او
تجيز الورثة فان لم يظهر له مال ولم تجز الورثة تقسم الغلة بينهم اثلاثاً ثلثه للوقف والثلثان للورثة ولو

فلا ينفذ لان حق الورثة تعلق بماله
فلا يلزم وعندهما يلزم من الثلث
تصرفه في الصحة عند ابي حنيفة
الطحاوي والصحيح انه بمنزله
المعلق بالموت فيما ذكره
الوقف في المرض فهو بمنزلة
الصحة او في المرض وان الحز
الوصية المختلف بين المعلق
هو في المرض الكل الحكم الا
علقه بالموت وهو مريض

الا في الثلث بخلاف ما اذا وقف في الصحة قال ولا يتم حتى يقبض اي حتى يقبض المتولي وفيه خلاف ابي يوسف
وقد ذكرناه قال ويفرز اي لا يجوز حتى يفرز المحدود بعد المشاع فانه لا يجوز وقفه عند محمد وعند
ابي يوسف يجوز لان القسمة من تتمة القبض واصل القبض عنده ليس بشرط فكذا تتمته وانما كان كذلك لان
الوقف عنده اسقاط الملك كالاعتاق والشيوع لا يمنعه كما لا يمنع الاعتاق واما عند محمد لا يتم الوقف
مع الشيوع فيما يحتمل القسمة لان اصل القبض عنده شرط فكذا ما يتم به القبض كالصدقة المنفذة واما ما لا
يحتمل القسمة كالحمام والرحى فلا يضره الشيوع كالصدقة والهبة الا في المسجد والمقبرة فانه لا يتم مع الشيوع
مطلقا بالاجماع لان بقاء الشركة فيه يمنع الخلوص لله تعالى ولان المهاياة فيهما من اقبح ما يكون بان يدفن
فيه الموتى سنة ويزرع سنة ويصلى في المسجد في وقت ويتخذ اصطبلا في وقت بخلاف الوقف فانه يمكن
الاستغلال وقسمة الغلة فلا يمنع صحة الوقف فيما لا يحتمل القسمة عند محمد ولا فيما يحتمله ايضا
عند ابي يوسف ولو استحق بعض الوقف شائعا بطل في الكل عند محمد لانه تبين ان الوقف
كان شائعا فيعود الكل اليه او الى ورثته بخلاف ما اذا وقف في مرضه ثم مات ولم يخرج من
الثلث ورجعت الورثة في البعض شائعا او رجع هو في الهبة كذلك حيث لا يبطل الوقف ولا الهبة
لان الشيوع طارئ بعد صحته في الكل لعدم الشيوع وقت التصدق وانما طرأ بعده فلا يضره ولو
استحق جزء معين لم يبطل في الباقي لعدم الشيوع ولهذا جاز في الابتداء بدون ذلك الجزء وعلى
هذا الهبة والصدقة المنفذة ولو وقف رجلان ارضا بينهما معا او متعاقبا جاز اذا سلماه معا
وان اختلف الجهة لان وقت القبض هو المعتبر ولا شيوع حينئذ كما في الصدقة واختلاف الجهة لا تضر
كاختلاف الجهة في الهبة قال ويجعل آخره بجهة لا تنقطع اي لا يجوز الوقف حتى يجعل آخره
لجهة لا تنقطع وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف اذا سمى فيه جهة تنقطع جاز وصار بعدها
للفقراء وان لم يسمهم لهما ان حكم الوقف زوال الملك بغير التمليك وانه يتأبد كالعتق و
لهذا كان التوقيت مبطلا له كالتوقيت في البيع ولابي يوسف ان المقصود منه هو التقرب الى الله تعالى به
وذلك يحصل بجهة تنقطع كما يحصل بجهة لا تنقطع ثم تصير بعدها للفقراء وهذا يدل على ان التأبيد
شرط عنده ايضا الا انه لا يشترط ذكره لان مطلقه ينصرف اليه ومحمد يقول لا ينصرف اليه الا بالتصريح
بذكره لان المطلق يحتمل التوقيت وفي المحيط لو قال ارضي هذه صدقة موقوفة او محرمة او محبوسة ولم يذ
كر التأبيد يصح الوقف عند الكل الا عند ابي يوسف ابن خالد السمتي البصري وهو تلميذ ابي حنيفة فان ذكر
التأبيد عنده شرط لصحة الوقف والصحيح انه ليس بشرط وذكر ان لفظ الصدقة ونحوها في هذه الصورة يدل على
انه اراد به الفقراء دون الورثة وفيه وفي موضع آخر لو قال ارضي هذه صدقة موقوفة على فلان او على ولدي ونحو
بان قال كذا

بعدهم فيما اذا لم يذكر لفظ الصدقة
ما دام حيا وجعل الخلاف المذكور
فلان لتخصيصه بالبداءة بالغلة
الا الفقراء انصرف اليهم وذكر
ونحو ربعا الصدقة وهي لا تكون
وبعده للفقراء الا انها
الغلة لهما دائما في
على الوقف عند هلال

موقوفة

موقوفة على فلان او ولدي او قرابتي ونحو ذلك اما اذا ذكر لفظ الصدقة فلا خلاف بينهم وابو يوسف
كان مضيقا في الوقف غاية التضييق اولا مثل ابي حنيفة ثم رجع ووسع غاية التوسعة حتى لم يشترط
القبض والافراز ومحمد توسط بينهما ولهذا افتى به عامتهم قال ويجوز وقف العقار ببقره
واكرته والقياس ان لا يجوز لان التأبيد من شرطه ووجه الاستحسان انها تابع للارض في تحصيل
ما هو المقصود وكم من شيء يثبت تبعا ولهذا دخل البناء في وقف الارض وعلى هذا سائر آلات
الحراثة قال ومشاع قضى بجوازه اي بجواز الوقف فيه لان قضاء القاضي يقطع الخلاف في المجتهدات
على ما بيناه وان لم يقض فيه فعلى قول ابي يوسف يجوز وقد بيناه من قبل قال ومنقول فيه
تعامل كالكراع والحلقة والسلاح والفأس والمر والقدور والقدوم والمنشار والجنازة وثيابها
والمصاحف وغير ذلك مما تعورف وقفها وعند ابي يوسف لا يجوز الا في الكراع والسلاح والقياس
ان لا يجوز في المنقول اصلا الا ان ابا يوسف ترك ذلك بالنص وهو ما روي عن ابي هريرة رضي الله عنه
انه عليه الصلاة والسلام قال من احتبس فرسا في سبيل الله ايمانا واحتسابا كان شبعه وروثه
وبوله في ميزانه يوم القيامة حسنات رواه احمد والبخاري وقد صح انه عليه الصلاة والسلام قال
في حق خالد قد حبس ادراعه واعتاده في سبيل الله تعالى والقياس يترك بالنص ومحمد انه
تركه بالتعامل لان القياس يترك به كما في الاستصناع وفي الاشياء التي عددناها جرى التعامل
وعن نصير بن يحيى انه وقف كتبه الحاقا لها بالمصاحف من حيث انها تمسك للدين تعليما وتعلما
وقراءة واكثر فقهاء الامصار اخذوا بقول محمد والشافعي جوز وقف كل ما يجوز بيعه و
يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه قياسا على الكراع والسلاح قلنا الاصل عدم جواز الوقف فيقتصر على
مورد الشرع وهو العقار والكراع والسلاح فبقي ما وراءه على اصل القياس الا ما جرى التعامل فيه فصار
كالدراهم والدنانير ويجوز الوقف على تجهيز الجيش بالكراع والسلاح والنفقات في سبيل الله ويدخل في وقف
الارض ما كان داخلا في البيع من الاشجار والبناء دون الزرع والثمار قال ولا يملك الوقف ولا يقسم
وان وقف على اولاده لانه لا حق للموقوف عليهم في العين وانما حقهم في الغلة ولان المقصود في الوقف ان
يبقى على حكم ملك الله تعالى والتصدق بالغلة والتملك والقسمة بين مستحقي الوقف ينافيان ذلك فلا يجوز
قال ويبدأ من غلته بعمارته بلا شرط لان قصد الواقف صرف الغلة دائما ولا يبقى دائما الا بالعمارة
فثبت اقتضاء من غير شرط قال ولو دارا فعمارته على من له السكنى اي لو وقف دارا على سكنى شخص بعينه
فان العمارة عليه لانه هو المنتفع بها والغرم بالغنم فصار كنفقة العبد الموصى بخدمته فانها على
الموصى له بالمنفعة قال ولو ابى او عجز عمر الحاكم باجرتها لان فيه ابقاء الوقف على ما قصده الواقف فان امتنع منها

لانه غير ناظر
اجارة من له السكنى
بطلان حقه بالنكول والابى
مال الى العمارة فلا يجبر على الوقف
ان الامتناع لعدم الرضا بفوت
ههنا بطلان حقه لاحتمال
المراد عنه ولا يكون امتناعه
نظير صاحب البذر في
فيه اتلاف ماله فصار
الممتنع على العمارة لان
زيادة قطع والاجبار
روها الى الذي السكنى

١٥٥

ولا ما لكن للحاكم يوجرها له او لغيره فيعمرها باجرتها بقدر ما يبقى على الصفة التي اوقفها الواقف ولا
يزيد على ذلك الا برضا من له السكنى لانها بصفتها صارت مستحقة له فيعمر الى ما كانت عليه وان كانت وقفا على
الفقراء فكذلك فيها رواية صح لا يزيد على ما كانت وفي رواية يجوز والاول اصح قال ويصرف نقضه الى عمارته
ان احتاج اي الى الاحتياج لانه لابد من العمارة والا فلا تبقى فلا تحصل صرف الغلة الى المصرف على التابيد
فيبطل غرض الواقف فيصرفه للحال ان احتاج اليه والا امسكه حتى تحتاج اليه كيلا يتعذر عليه اوان الحاجة قال
ولا يقسمه بين مستحقي الوقف اي لا يقسم النقض بينهم لانهم ليس لهم حق في العين ولا في جزء منه وانما حقهم في المنافع
فلا يصرف اليهم غير حقهم وان تعذر اعادة عينه صرف ثمنه الى العمارة لان البدل يقوم مقام المبدل فيصرف مصرف
المبدل قال وان جعل الواقف غلة الوقف لنفسه او جعل الولاية اليه صح اما الاول وهو ما اذا جعل الوقف
لنفسه فالمذكور هنا قول ابي يوسف وعند محمد لا يجوز لابي يوسف ما روي انه عليه الصلاة والسلام كان ياكل من وقفه
ولا يحل ذلك الا بالشرط فدل ذلك على جوازه ولان الوقف ازالة الملك الى الله تعالى على وجه القربة على ما مر من اصلهما
فاذا شرط البعض له او الكل لنفسه فقد شرط ما صار لله تعالى لنفسه وهو جائز لان يجعل ملك نفسه لنفسه فصار
نظير ما اذا بنى خانا او سقاية او جعل ارضه مقبرة وشرط ان ينزله او يشرب منه او يدفن فيه ولان مقصوده
القربة وفي الصرف الى نفسه ذلك قال عليه الصلاة والسلام نفقة المرء على نفسه صدقة وجه قول محمد ان التقرب
بازالة الملك واشتراط الغلة او بعضها لنفسه يمنع ذلك فكان باطلا كالصدقة المنفذة وقال الفقيه ابو جعفر
ليس في هذا عن محمد رواية ظاهرة الا ان ذكره في الوقف فقال اذا وقف على امهات اولاده جاز فقال
هو الوقف على امهات اولاده بمنزلة الوقف على نفسه لان ما يكون لام الولد حال حياة المولى يكون للمولى وقيل انه
في التصحيح على الخلاف ذكره في الهداية وهو ظاهر وقيل لا يجوز لهن بالاتفاق لانهن يعتقن بموته فيصرن اجنبيات
فيصح اشتراطه لهن كما اشتراطه لاجنبي ثم في حال حياته يجوز ايضا تبعا لما بعد مماته وعلى هذا الخلاف لو شرط
الواقف ان يستبدل به ارضا اخرى اذا شاء وتكون وقفا مكانه او شرط الواقف الخيار لنفسه ثلاثة ايام وهو مبني
على ما ذكرنا من ان التقرب بازالة الملك واشتراط ما ذكر يمنع منه عند محمد خلافا له بخلاف ما اذا شرط ان يكون
الثمن له او يتصدق به حيث لا يجوز الوقف اصلا وكذا اذا شرط الخيار وهو مجهول في رواية وفي رواية يجوز الوقف
ويبطل الشرط واما الثاني وهو فصل اشتراط الولاية لنفسه فجائز بالاجماع لان شرط الواقف معتبر فيراعى
كالنصوص عينا ان عند محمد يسلمه ثم يكون له الولاية لان التسليم شرط عنده وان لم يشترطها احد فالولاية له عند
ابي يوسف وعند محمد لا تكون له الولاية لانه لما ترك الشرط في ابتداء الوقف خرج الامر من يده فصار اجنبيا عنه
ولابي يوسف ان المتولي انما يستفيد الولاية من جهته بشرطه فيستحيل ان لا يكون له الولاية وغيره يستفيد منه ولانه
اقرب الناس اليه فيكون اولى بولايته كمن بنى مسجدا يكون اولى بعمارته ونصب القيم وغيره وكمن اعتق عبدا كان الولاء
له لانه اقرب الناس اليه وذكر هلال في وقفه فقال قال اقوام ان شرط الواقف الولاية لنفسه كانت له ولاية وان لم يشترط لا تكون له ولاية قال بعض المشايخ قالوا ذلك قال مشايخنا رحمهم الله الاشبه ان يكون هذا قول محمد وتبين ... ولا يقال كيف يكون هذا قول محمد والتسليم شرط عنده

على ما بينا الا انا نقول هذا الابناء في التسليم لانه يمكنه ان يسلمه اليه ثم ياخذه منه وذكر في النهاية انه
يحتمل انه يسقط التسليم عنده اذا شرط الولاية لنفسه لان شرطه يراعى قال وينتزع لو خائنا كالوصي
وان شرط ان لا ينتزع معناه ان الواقف لو شرط الولاية لنفسه وكان هو غير مامون على الوقف فللقاضي
ان ينزعها منه ولو شرط الواقف ان ليس للقاضي ولا للسلطان نزعه لانه شرط مخالف لحكم الشرع
فيبطل ونظيره هذا الوصي اذا كان غير مامون ينتزع منه على ما بينا والله اعلم قال رحمه الله
ومن بنى مسجدا لم يزل ملكه عنه حتى يفرزه عن ملكه بطريقه وياذن بالصلاة فيه فاذا صلى فيه
واحد زال ملكه وهذا عند ابي حنيفة ومحمد اما الافراز فلانه لا يخلص لله تعالى الا به لانه ما دام
حق العبد متعلقا به لم يتجرد لله تعالى واما الصلاة فيه فلانه يشترط التسليم عند ابي حنيفة ومحمد
فاذا تعذر يقام تحقق المقصود مقامه او يشترط فيه تسليم نوعه وذلك في المسجد بالصلاة فيه ولا يشترط
فيه قضاء القاضي ولا التعليق بالموت عند ابي حنيفة لحصول المقصود به بخلاف الوقف لان المقصود من
الوقف ان يتصدق بالغلة ويحبس الاصل ولفظه ينبئ عن ذلك والتصدق بالمعدوم لا يجوز الا في الوصية
فيجب تعليقه بالموت ليكون وصية به او حكم الحاكم في موضع الاجتهاد وكذا يسقط التسليم الى القيم
عند محمد لما ذكرنا ولا يجوز في المشاع عند ابي يوسف لما بينا فصار المسجد مخالفا للوقف عند الكل ويكتفي
بصلاة الواحد في رواية عن ابي حنيفة ومحمد لان فعل الجنس كله متعذر فيشترط ادناه وعنهما انه
يشترط الصلاة بجماعة جهرا باذان واقامة حتى لو كان سرا بان كان بلا اذان ولا اقامة لا يصير
مسجدا ولو جعل له اماما ومؤذنا وهو رجل واحد فصلى فيه باذان واقامة صار مسجدا اتفاقا
لان اداء الصلاة على هذا الوجه كالجماعة الا ترى ان المؤذن لو صلى في المسجد على هذه الهيئة ليس لمن يجيء
بعده ان يصلي بالجماعة في ذلك المسجد وهذه الرواية هي الصحيحة لان المساجد تبنى لاقامة الصلاة فيها
بالجماعة فلا يصير مسجدا قبل حصول هذا المقصود ولو سلم المسجد الى متولي نصبه ليقوم بمصالحه فالاصح
انه يجوز لان المسجد قد يكون له خادم يكنس ويغلق الباب ونحو ذلك وقال ابو يوسف رحمه الله يزول ملكه
بقوله جعلته مسجدا لان التسليم عنده ليس بشرط لانه اسقاط الملك العبد فيصير خالصا لله بسقوط حق العبد
وصار كالاعتاق وقد بيناه من قبل واذا صار مسجدا على اختلافهم زال ملكه عنه وحرم بيعه فلا يورث وليس
له الرجوع فيه لانه صار لله تعالى وان المساجد لله فلا رجوع فيما صار لله تعالى كالصدقة قال ومن جعل مسجدا
تحته سرداب او فوقه بيت وجعل بابه الى الطريق وعزله او اتخذ وسط داره مسجدا واذن للناس بالدخول فيه ~~فله~~ ويورث عنه لانه لم يخلص لله تعالى لبقاء حق العبد فيه والمسجد لا يكون الا خالصا لله تعالى
فله بيعه صح
لما تلونا ومع بقاء حق العبد في اسفله او في اعلاه او في جوانبه محيطا به لا يتحقق الخلوص اما اذا كان
السفل مسجدا فلانه لصاحب العلو فيه حق فلا يكون لصاحب السفل ان يحدث فيه شيئا من غير رضا صاحب العلو واما اذا جعل العلو مسجدا فلان ارض العلو ملك لصاحب السفل وليس له التصرف فيه من التصرفات من غير رضا صاحب السفل كالبناء وغيره بخلاف مسجد بيت المقدس فان السرداب

١٥٦

فيه ليس بمملوك لاحد بل هو لمصالح المسجد حتى لو كان غيره مثله يقول بانه صار مسجدا واما اذا اتخذ
وسط داره مسجدا فلان ملكه محيط بجوانبه فكان له حق المنع من الدخول والمسجد من شرطه ان لا يكون لاحد
فيه حق المنع قال الله تعالى ومن اظلم ممن منع مساجد الله ان يذكر فيها اسمه ولانه لم يفرزه حين ابقى
الطريق لنفسه فلم يخلص لله تعالى حتى لو عزل بابه الى الطريق الاعظم صار مسجدا وروى الحسن عن ابي
حنيفة انه اجاز ان يكون الاسفل مسجدا والاعلى ملكا لان الاسفل اصل وهو يتابد ولم يجز عكسه
وعن محمد رحمه الله عكسه لان المسجد معظم ولا تعظيم اذا كان فوقه مستغل او مسكن بخلاف العكس وعن ابي يوسف
انه اجاز الوجهين حين قدم بغداد ورأى ضيق الاماكن وروي عن محمد مثله حين قدم الري وعن ابو يوسف
ومحمد انه لو اتخذ وسط داره مسجدا صار مسجدا وان لم يعزل بابه الى الطريق لانه لما رضي بكونه مسجدا ولا مسجدا
الا بالطريق دخل فيه الطريق ضرورة كما يدخل في الاجارة من غير ذكر باعتبار انه لا يمكنه الانتفاع الا
بالطريق والانتفاع هو المقصود فيها ولو اتخذ ارضه مسجدا ليس له الرجوع فيه ولا يبيعه وكذا لا يورث عنه
لتحرزه لله تعالى بخلاف الوقف عند ابي حنيفة حيث يرجع فيه ما لم يحكم به الحاكم والفرق ما بيناه ولو خرب
ما حول المسجد واستغني عنه يبقى مسجدا عند ابو يوسف لانه اسقاط الملك فلا يعود الى ملكه كالاعتاق
الا ترى ان المسجد الحرام استغني عنه اهله في زمن الفترة ولم يعد الى ورثة الباني وعند محمد يعود الى ملكه
او الى ورثته بعد موته لانه عينه لجهة وقد انقطعت كالكفن اذا افترس يرجع الى مالكه عند محمد وعند ابو يوسف
ينقل الى مسجد آخر وعلى هذا الخلاف الرباط والبئر اذا لم ينتفع بهما **قال** ومن بنى سقاية او خانا
او رباطا او مقبرة لم يزل ملكه عنه حتى يحكم به حاكم وهذا عند ابي حنيفة وعند ابو يوسف يزول ملكه بالقول
وعند محمد رحمه الله اذا استقى الناس من السقاية وسكنوا الخان والرباط ودفنوا في المقبرة زال الملك فكل
واحد منهم بنى على اصله من اشتراط حكم الحاكم او التسليم او مجرد القول على ما بينا من قبل ولو سلم الى المتولي
صح التسليم على قول من يرى انه شرط ولو جعل ارضه طريقا فهو على هذا الخلاف ثم لا فرق في الانتفاع في مثل
هذه الاشياء بين الغني والفقير حتى جاز للكل النزول في الخان والرباط والشرب من السقاية والدفن في
المقبرة بخلاف الغلة حيث تختص بالفقراء لان الغني مستغن بماله عن الصدقة ولا يستغني عما
ذكرنا عادة وهي الفارقة لانه لا يمكنه ان يستصحب هذه الاشياء عادة فكان محتاجا اليه كالفقير
ولا حاجة له الى الغلة لاستغنائه عنها بماله حتى لو وقف على هذا الوقف ارضا ليصرف غلتها الى الحاج او
الغزاة او طلبة العلم لا تصرف الى الغني منهم ذكره في المحيط في باب تسليم الوقف وعلى هذا الى
جعل داره مسكنا لابناء السبيل في اي بلد كان يستوي فيه الفقير والغني لما ذكرنا من الفرق
وروي في الخندق عن عثمان ان النبي صلى الله عليه وسلم قدم المدينة وليس بها ماء يستعذب غير بئر
رومة فقال من يشتري بئر رومة فيجعل فيها دلوه مع دلاء المسلمين بخير له منها في الجنة فاشتريتها من صلب مالي رواه النسائي والترمذي وقال حديث حسن فاذا جاز للواقف ان يشرب منها فكذلك غيره من الاغنياء **قال** وان جعل شيئا من الطريق

مسجدا صح لعكسه معناه اذا بنى قوم مسجدا واحتاجوا الى مكان ليتسع فادخلوا شيئا من الطريق في
المسجد وكان ذلك لا يضر باصحاب الطريق جاز ذلك وكذا اذا ضاق المسجد على الناس وبجنبه ارض لرجل
تؤخذ منه ارضه بالقيمة كرها لما روي عن الصحابة رضي الله عنهم لما ضاق المسجد الحرام اخذوا ارضين
بكره من اصحابها بالقيمة وزادوه في المسجد الحرام وقوله لعكسه اي كما جاز عكسه وهو ما اذا جعل في
المسجد ممرا لتعارف اهل الامصار في الجوامع وجاز لكل احد ان يمر فيه حتى الكافر الا الجنب
والحائض والنفساء لما عرف في موضعه وليس لهم ان يدخلوا فيه الدواب والله اعلم بالصواب

كتاب البيوع

وهو من الاضداد يقال باع كذا اذا اخرجه عن ملكه او ادخله فيه
وفي الحديث قال عليه الصلاة والسلام لا يخطب الرجل على خطبة اخيه ولا يبيع على بيع اخيه اي لا يشتري على شراء
اخيه لان المنهي عنه هو الشراء لا البيع **قال** الفرزدق ان الشباب لرابح من باعه والشيب ليس لبايعه
تجارة ويقع في الغالب على اخراج المبيع عن الملك **قال** هو مبادلة المال بالمال بالتراضي وفي اللغة
هو مطلق المبادلة من غير تقييد بالتراضي وكونه عقدا به ثبت شرعا لقوله تعالى الا ان تكون تجارة
عن تراض وهو جائز ثبت جوازه بالكتاب والسنة واجماع الامة اما الكتاب فما تلونا وقوله تعالى احل الله
البيع وحرم الربا واما السنة فما روي انه عليه السلام باع قدحا وحلسا وكانوا يتبايعون فاقرهم عليه
واما الاجماع فان الامة اجمعت على جوازه وانه احد اسباب الملك **قال** وينعقد بالايجاب والقبول
وقال الشافعي لا يلزم به بل لهما خيار المجلس لقوله عليه الصلاة والسلام المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا
فهما متبايعان بعد البيع وقبله متساومان **ولنا** ان العقد تم من الجانبين ودخل المبيع في ملك المشتري
والفسخ بعده لا يكون الا بالتراضي لما فيه من الاضرار بالآخر بابطال حقه كسائر العقود وما رواه محمول
على خيار القبول فانه اذا اوجب احدهما فلكل منهما الخيار ما دام المجلس ولم يأخذا في عمل آخر وفي لفظه
اشارة اليه فانهما متبايعان حالة البيع حقيقة وما قبله او بعده مجاز كسائر اسماء الفاعلين مثل المتضاربين
والمتضادين فيكون التفرق على هذا بالاقوال كما في قوله تعالى وان يتفرقا يغن الله كلا من سعته لانه
اذا الحقها على ما لم تحصل الفرقة بقبولها هذا تاويل محمد وقال ابو يوسف هو التفرق بالابدان بعد الايجاب
وقبل القبول وقال عيسى هذا اولى لما عهدنا في الشرع ان الفرقة موجبة للفساد كما في الصرف قبل القبض وما ذكره
يوجب التمام ولا نظير له في الشرع فكان ما ذكرنا اولى لكونه مرادا وما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما انه كان يبيع
ويفارق خطوات خشية التداوي تاويل منه وتاويل الصحابي لا يكون حجة عندنا او يجوز ان يكون فعل ذلك لقطع الا
حتمال حتى لا يحتج عليه الآخر بذلك فيقطع الاحتمال بعينه احتياطا لئلا تحمله مخالفة عليه لا لان مذهبه كذلك بدليل
انه قال ما ادركت الصفقة حيا فهو من مال المبتاع اي اذا هلك بعدها وقال عليه الصلاة والسلام من ابتاع
ذبيحا وانما كان لخيار القبول كما سمى العصير خمرا واسماعيل ذبيحا سماهما متبايعين لقربهما من البيع
انه عليه الصلاة والسلام جعل حالة البيع لانه يحتمل بعد البيع فقد ذكرنا انه للحقيقة واما قوله اذا هما متبايعان
فهو مع معنى ... من غير ... فلا يعود

١٥٧

لانه لو لم يكن له الخيار للزم البيع من غير اختيار الآخر ولدخل في ملكه وليس ذلك في وسع الموجب وللموجب ان يرجع في هذه الحالة لانه ليس فيه الا ابطال حق الغير بخلاف ما اذا قضى الاصيل الدين للكفيل قبل ان يقضي الكفيل او دفع الزكوة الى الساعي قبل الحول حيث لا يكون لهما ان يرجعا فيه لان حق الكفيل والفقير تعلق به على تقدير ان يقبض الدين وان يتم الحول والنصاب نام فلا يملك ابطاله وينعقد بلفظين عن التحقق كبعت او اشتريت او رضيت او اعطيتك او خذه بكذا والارسال والكتاب كالخطاب حتى يعتبر مجلس اداء بهما وليس له ان يقبل بعض المبيع دون البعض وان قصد الثمن الا اذا كرر البايع لفظة بعت مع ذكر الثمن لكل واحد عند ابي حنيفة وعندهما اذا ذكر ان فصل الثمن بان قال بعتك هذين كل واحد بكذا او بعتك هذه العشرة كل واحد منهما بكذا اثبات على ان البيع يتعدد بتكرار لفظة بعت عنده وعندهما بتفصيل الثمن وكذا ليس له ان يتفرق في القبض عند اتحاد العقد بان يقبض البعض او اداية او بجعله تاجيله **قال** وبتعاط اي يلزم بالتعاطي ايضا ولا فرق بين ان يكون المبيع خسيسا او نفيسا وزعم الكرخي انه ينعقد به في شي خسيس لجريان العادة ولا ينعقد في النفيس لعدمها والصحيح الاول لان جواز البيع باعتبار الرضا لا بصورة اللفظ وقد وجد التراضي من الجانبين فوجب ان يجوز ثم اختلفوا فيما يتم به بيع التعاطي قيل يتم بالدفع من الجانبين واشار محمد انه يكون بتسليم المبيع **قال** واي قام عن المجلس قبل القبول بطل الايجاب معناه اذا اوجب احدهما البيع ثم قام احدهما الموجب او الآخر قبل القبول بطل الايجاب لان القيام دليل الاعراض والرجوع فيبطل به كساير عقود المبادلة بخلاف الخلع والعتق على مال حيث لا يبطل بقيام الزوج والمولى لانه يمين من جهتهما والقبول شرط والايمان لا يبطل بالقيام وعند الشافعي خيار القبول لا يمتد الى آخر المجلس بل هو على الفور **ولنا** انه يحتاج الى التروي والفكر والتامل في ساعات المجلس كساعة واحدة اذ هو جامع للمتفرقات وبه يندفع الحرج وفيما قاله الشافعي رضي الله عنه حرج بين وهو منتف بالنص وهو قوله تعالى يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر وقال عليه السلام يسروا ولا تعسروا **قال** ولا بد معرفة قدر ووصف ثمن غير مشار ولان جهالتهما تفضي الى المنازعة المانع من التسليم والتسلم فيخلو العقد عن الفائدة وكل جهالة تفضي اليه يكون مفسدا **قال** لا مشار اليه اي لا يحتاج الى معرفة القدر والوصف في المشار اليه من الثمن او البيع لان الاشارة ابلغ اسباب التعريف وجهالة قدره ووصفه بعد ذلك لا تفضي الى المنازعة فلا يمنع الجواز لان العوضين حاضران بخلاف الربوا اذا بيع بجنسه حيث لا يجوز جزافا لاحتمال الربوا وبخلاف راس مال السلم حيث لا يجوز اذا كان من المقدرات الا ان يكون معروف القدر عند ابي حنيفة على ما نبين بيانه في موضعه **قال** وصح بثمن حال وباجل معلوم معناه اذا بيع بخلاف جنسه ولم يجمعهما قدر لقوله تعالى واحل الله البيع ومن غير فصل وعنه عليه الصلاة والسلام انه اشترى من يهودي الى اجل ورهنه درعه ولا بد من ان يكون الاجل معلوما لان الجهالة فيه تفضي الى المنازعة **قال** ومطلقه على نقد الغالب اي مطلق الثمن يقع على غالب نقد البلد ومراده من الاطلاق هنا ان يكون مطلقا عن قيد البلد وعن قيد وصف الثمن بعد ان سمى قدره بان قال عشرة دراهم مطلقا فاذا كان كذلك ينصرف الى المتعامل به في البلد لان المعلوم بالعرف كالمعلوم بالنص ايضا اذا كان فيه تصحيح تصرفه **قال** وان اختلف النقود فسد ان لم يبين وهذا اذا كان الكل في الرواج سواء في المالية مختلفة لان مثل

هذه الجهالة مفضية الى المنازعة فيفسد الا ان يرتفع بالبيان وان كانت في الرواج مختلفة ينصرف الى غالب نقد البلد على ما بينا وان كانت في المالية سواء جاز البيع كيف ما كان غير انه ان كان احدهما اروج انصرف اليه على ما ذكرنا وان كانت في الرواج سواء كالاحادي والثنائي والثلاثي جاز لان مالية كل واحد سواء غير ان الاول كل واحد منه درهم والثاني كل اثنين منه درهم والثالث كل ثلاثة منه درهم ونظيره الحامل والعادلي والظاهري والمنصوري والناصري اليوم بمصر فاذا اشترى به دراهم معلومة فاعطى من ايها شاء جاز اذ لا منازعة فيها ولا اختلاف في المالية **قال** ويباع الطعام كيلا وجزافا لانه يحل فاحد منهما بصفة معلومة اما المكايلة فظاهر واما الجزاف فلما بيناه في المشار اليه ومراده بالجزاف اذا باعه بخلاف جنسه ولم يكن راس مال السلم على ما بيناه في المشار اليه وبجنسه لا يجوز الا اذا كان قليلا وهو ما دون نصف الصاع **قال** وباناء او حجر بعينه لا يعرف قدره لان هذه الجهالة لا تفضي الى المنازعة وهي المانعة لا مجرد الجهالة فصار كما لو باع بوزن صنجة وكيبع شيء لا يعرف وصفه بالاشارة ولا يتوهم هلاكه قبل التسليم لان تسليمه يجب في المجلس بخلاف السلم لان التسليم فيه متاخر الى حلول الاجل فيحتمل هلاكه والاحتمال فيه متحقق ملحق بالحقيقة وهذا اذا كان الاناء لا ينكبس بالكبس ولا ينقبض ولا ينبسط كالقصعة والخزف واما اذا كان ينكبس كالزنبيل والقفة فلا يجوز الا في قرب الماء استحسانا بالتعامل فيه روي ذلك عن ابي يوسف وكذا اذا كان الحجر يتفتت وكذا اذا باعه بوزن شيء يخف اذا جف كالخيار والبطيخ وعن ابي حنيفة وابو يوسف لا يجوز بوزن حجر ولا باناء لا يعرف مقداره لان هذا جزاف ومن شرط جواز الجزاف ان يكون مميزا مشارا اليه ولو كال به ورضي المشتري به جاز لانه صار مميزا مشارا وان باعه بعد ذلك قبل ان يعيد الكيل جاز لانه اشتراه مجازفة لان المستحق هو المشار اليه **قال** ومن باع صبرة كل صاع بدرهم صح في صاع وهذا عند ابي حنيفة وقالا جاز في الكل لان المشار اليه لا يحتاج الى معرفة مقداره لجواز البيع وجهالة الثمن بايديهما رفعها فيجوز كما لو باع عبدا من عبدين على ان ياخذ ايهما شاء بخلاف ما اذا اجر داره كل شهر بدرهم حيث لا يجوز الا في شهر واحد لان الشهور لا نهاية لها فلا يمكن ان الجهالة فيها ينصرف الى الاقل كما اذا قال لفلان علي كل درهم يلزمه درهم واحد بخلاف ما اذا قال كل المائة او نحوها فالفرق حيث ينصرف الى الكل لعدم افضائه الى المنازعة ولابي حنيفة ان الثمن مجهول وذلك مفسد غير ان الاقل معلوم فيصح فيه للمتيقن به وما عداه مجهول فيفسد كما اذا باع الثوب برقمه بخلاف ما استشهدا به لان الرافع للجهالة هنا وهو الكيل متاخر عن العقد وفي تلك مقارن لان اختياره موجود حالة التبايع ثم اذا جاز في قفيز واحد عنده يثبت له الخيار لتفرق الصفقة عليه ولو كال في المجلس جاز بالاجماع لزوال المانع قبل تقرر الفساد وكذا اذا سمى جملة القفزان ولهما الخيار فيهما لانه علم في ذلك الوقت فصار كما لو ظهر له بالايجاب وكذا اذا اشترى ما لم يره فراه وان افترقا قبل ان يعرف قدره فلا ينقلب صحيحا بعد المجلس خلافا لهما اذا شرط الخيار اربعة ايام حيث يعود صحيحا

بازالة المفسد بعد الافتراق لان المفسد فيه لم يتمكن في صلب العقد بل باعتبار اليوم التابع فيعود
صحيحا قبل تقريره وهنا يمكن فيه فيتقيد بالمجلس قال رحمه الله ولو باع ثلة اي جماعة وقداره من الغنم
او ثوبا كل شاة بدرهم او كل ذراع بدرهم فسد في الكل وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يجوز
في الكل لما ذكرنا ان رفع هذه الجهالة بايديهما لما ان لهما نهاية وله ما ذكرنا من الجهالة الا ان الواحد
متيقن به فينصرف اليه غير ان اجزاء الشياه متفاوتة فلا يجوز بيع واحد منها فيفسد وقطع ذراع من
ثوب يكون ضررا على البائع فلا يجوز كما لو باع جذعا من سقف وعلى هذا الكل عدديات متفاوت قال رحمه الله ولو
سمى الكل صح في الكل يعني لو سمى جملته في العقد جاز في الكل في الفصلين في فصل الصبرة وفي فصل الشياه ونحو
ولو حال المانع وكذا اذا سمى بعد العقد في المجلس لما ذكرنا وهو بناء على قوله وعلى قولهما لا يتاتى لجوازه بدونه
قال رحمه الله ولو نقص كيل اخذ بحصته او فسخ وان زاد فللبائع يعني لو باع صبرة وسمى جملتها بان قال بعتكها
على انها مائة قفيز بمائة درهم ثم وجدها ناقصة اخذ الموجود بحصته ان اخذه لان الثمن من المقدرات ينقسم فتعلق العقد
بقدرها وان لم يسم لكل قفيز شيئا فاذا تعلق بقدرها فان وجدها ناقصة فله الخيار ان شاء اخذها بحصتها
وان شاء تركها لتفرق الصفقة عليه وان وجدها زائدة فالزائد للبائع لانه لم يدخل في البيع الا القدر المسمى فيبقى
على ملكه اذ القدر ليس بوصف قال رحمه الله ولو نقص ذراع اخذ بكل الثمن او ترك وان زاد فللمشتري ولا خيار للبائع
معناه اذا باع مذروعا وسمى جملة الذرعان ولم يسم لكل ذراع ثمنا ثم وجده ناقصا اخذه بكل الثمن وان شاء تركه
الى اخر ما ذكر لان الذراع وصف للمذروع فلا ينقسم الثمن مقابلا بالعين كلها بخلاف الاول غير انه ان وجده نا
قصا ثبت له الخيار لفوات وصف مرغوب فيه مشروط في العقد وان وجده زائدا فهو له بذلك الثمن لان الوصف لا يقابله
شيء من الثمن ولا خيار للبائع كما اذا شرطه معيبا فوجده سليما وبالعكس وهو ما اذا شرطه سليما فوجده معيبا للمشتري
الخيار والدليل على انه وصف انه عبارة عن الطول والعرض ويجوز للمشتري ان يبيعه بعد القبض قبل ان يذرعه ولو
كان قدرا لما جاز لاحتمال ان يزيد فيكون للبائع كما في المكيل والموزون قال رحمه الله ولو باع كل ذراع بكذا ونقص
اخذه بحصته او ترك وان زاد اخذه كله كل ذراع بكذا او فسخ معناه انه اذا قال بعتكه على انه عشرة اذرع كل ذراع بدرهم
مثلا فوجده ناقصا فهو بالخيار ان شاء اخذه بحصته وان شاء تركه وان وجده زائدا اخذه كله كل ذراع بدرهم او
فسخ لان الذراع وان كان وصفا يصلح ان يكون اصلا لانه عين ينتفع به بانفراده فاذا سمى لكل ذراع ثمنا جعل
اصلا والا فهو وصف فاذا صار اصلا فان وجده ناقصا اخذه بحصته وثبت له الخيار لتفرق الصفقة عليه وان وجده
زائدا فهو بالخيار ايضا ان شاء اخذه كله كل ذراع بدرهم وان شاء تركه لانه ان حصل له الزيادة في المبيع يلزمه الزيادة
في الثمن فكان فيه نفع يشوبه ضرر فيتخير وليس له ان ياخذ القدر المسمى ويترك الزائد لان التبعيض يضره بخلاف
الصبرة الا ترى انه لا يجوز ان يبيع بعض المذروع ابتداء وفي الصبرة يجوز ولما كان الذراع يصلح ان يكون اصلا اعتبر

يقل من مائة سهم و
اسهم من دار او غيرها ولم
وهذا مشكل فانه لو باع عشرة
بقدر بيع عشرة اسهم من دار
ادرع من دار لا اسهم اصلا
وقد يقصد عشرة
قال
كان يسمى لكل ذراع ثمنا
لا يفصل الفاضل عن البيع
في تعيين الاحكام
على الذرعان ويعني وصفا
اصلا في فصل انقسام الثمن

لانه مجهول لا يعرف نسبته الى جميع الدار بخلاف ما اذا قال عشرة اسهم من مائة سهم او من ثلاثين
مثلا حيث يجوز لانه معلوم عشر او ثلث ولعل الشيخ رحمه الله قصد هذا ولكن اخل به في
الاختصار اذ هي اليه وقوله وفسد بيع عشرة اذرع من دار هو قول ابي حنيفة واختلف المشايخ
على قولهما منهم من قال لا يجوز عندهما للجهالة بمنزلة ما لو اشترى سهما منها او عشرة اسهم
منها ولم يقل من كذا سهم ومنهم من قال يجوز لان هذه الجهالة يمكن رفعها بالذرع فيعرف فلا
يفضي الى المنازعة بخلاف ما لو اشترى سهما منها او عشرة اسهم اذ لا يمكن رفع الجهالة ولو باع عشرة
اذرع من مائة ذراع فسد عنده وعندهما يجوز اذا كانت الدار مائة ذراع لانه عشرها فاشبه عشرة
اسهم من مائة سهم وله ان الذراع اسم لما يذرع به واستعير لما يحله الذراع وهو معين لا مشاع
ثم لا يعلم محله من اي الجوانب هو على التعيين فلا يجوز كما لو باع احد العبدين بخلاف ما اذا باع عشرة
اسهم من مائة سهم لانه شايع فلا يفضي الى المنازعة وذكر الخصاف ان الفساد عنده اذا لم تعلم جملة
الذرعان واما اذا علم جملتها فيجوز عنده والا فلا والصحيح انه لا يجوز عنده مطلقا لما ذكرنا قال رحمه الله وان
اشترى عدلا على انه عشرة اثواب فنقص او زاد فسد يعني اذا اشترى بعشرة دنانير مثلا ولم يبين ثمن كل
ثوب اذا وجده ناقصا او زائدا فسد البيع لجهالة المبيع في الزيادة لانه يحتاج ان يرد الثوب الزائد
فيتنازعان في المردود ولجهالة الثمن في فصل النقصان لانه يحتاج ان يسقط حصة ثمن المعدوم وهو مجهول
فيؤدي الى النزاع قال رحمه الله ولو بين ثمن كل ثوب ونقص صح بقدره وخير وان زاد فسد لانه اذا كان
زائدا تبقى الجهالة في المردود فيؤدي الى المنازعة وفي فصل النقصان ثمن كل واحد من الثياب معلوم فا
لموجود يصح فيه البيع ويبطل في المعدوم وعن ابي حنيفة انه يفسد في فصل النقصان ايضا لانه جمع بين
معدوم وموجود في صفقة واحدة فصار قبول العقد في المعدوم شرطا لقبوله في الموجود فكان فاسدا
كما لو جمع بين حر وعبد وبين ثمن كل واحد منهما او باع ثوبين على انهما هرويان وبين ثمن كل
واحد منهما فاذا احدهما مروي فان العقد عنده فاسد في الصورتين فكذا هذا وعندهما جائز فكذا هذا
بناء على ان البيع يتعدد بتفصيل الثمن عندهما وعنده يتعدد بتعدد لفظة البيع والصحيح انه يجوز في فصل
النقصان لانه لم يجعل قبول العقد في المعدوم شرطا لقبوله في الموجود بل قصد البيع الموجود الا انه غلط
في العدد بخلاف المستشهد به فانه قصد الايجاب فيهما فجعل قبول العقد في كل واحد منهما شرطا لقبوله
في الاخر وهو شرط فاسد لتحقق ان الشيئين الموصوفين بوصف اذا دخلا في عقد واحد كان قبول
كل واحد منهما شرطا لصحة العقد في الاخر بذلك الوصف اذ ليس للمشتري ان يقبل العقد في احدهما
دون الاخر فاذا انعدم ذلك الوصف في احدهما كان ذلك شرطا فاسدا في الاخر لنظر الى وجود ذلك الشيء

في القبول بل هو غلط محض
في الاخر لانه معدوم فلا يتصور
حتى يكون قبوله شرطا لصحة العقد
وموصوفه لم يكن داخلا في العقد
احدهما معدوما بذاته
كان فاسدا واما اذا كان
الانعدام ذلك الوصف
كان ... بالنظر

قال ومن اشترى ثوبا على انه عشرة اذرع كل ذراع بدرهم اخذه بعشرة في عشرة ونصف بلا خيار
وبتسعة في تسعة ونصف بخيار معناه اذا اشترى ثوبا واحدا على انه عشرة اذرع كل ذراع بدرهم فاذا هو
عشرة ونصف او تسعة ونصف ياخذه في الوجه الاول بعشرة من غير خيار وفي الوجه الثاني ياخذه بتسعة
ان شاء وهذا عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقال ابو يوسف ياخذه في الاول باحد عشر وفي الوجه الثاني ياخذه بعشرة
ويخير في الوجهين وقال محمد رحمه الله ياخذه في الاول بعشرة ونصف وفي الوجه الثاني بتسعة ونصف ويخير فيهما
لانه لما سمى لكل ذراع ثمنا على حدة التحق بالقدر ومن ضرورة مقابلة الذراع بالدراهم مقابلة النصف بالنصف
كالمكيل وانما يخير لانه في الوجه الاول ازداد عليه الثمن بزيادة نصف ذراع وفي الوجه الثاني انتقص الثوب عما شرطه
فيخير كيلا يتضرر ولابي يوسف انه لما قابل كل ذراع بدرهم صار لكل ذراع كثوب على حدة وبيع على انه ذراع بدرهم
لما وجده ناقصا لا يسقط شيء من الثمن لما ذكرنا انه وصف وتغير الاوصاف لا يوجب سقوط شيء من الثمن
ثم يخير فيهما لانه ازداد الثمن عليه فيما اذا وجده زائدا وانتقص البيع في الآخر ولم يتم رضاه به ولابي حنيفة
رحمه الله ان الذراع فيه وصف في الاصل وانما اخذ حكم المقدار بالشرط وهو مقيد بالذراع فبكونه مقابلا بالدرهم
فعند عدمه عاد الحكم الى الاصل ثم لا يخير في فضل الزيادة لانه لا يخالفه الشرط وفي النقصان يخير لفوات الوصف
المرغوب فيه قيل هذا الاختلاف في ثياب يضره القطع او تتفاوت جوانبه كالعمايم والقمصان والاقبية واما
الثياب التي لا تتفاوت جوانبها كالبطائن ونحوها فلا تسلم له الزيادة لانه اذا كان بهذه الصفة فهو بمنزلة
المكيل والموزون وعلى هذا يجوز بيع ذراع منه كبيع قفيز من صبرة اذ لا يضره التبعيض

فصل

ويدخل البناء والمفاتيح في بيع الدار والشجر في بيع الارض بلا ذكر لان اسم الدار للعرصة في الاصل وفي العرف
يتناول البناء تبعا لها لكونه متصلا بها اتصال قرار وكذا الشجر متصل بالارض للقرار فيدخل في بيعها
تبعا لها واختلفوا في شجر غير مثمر وفي شجر صغير قيل لا يدخلان لان غير المثمرة تقلع للحطب والخشب
لا بقاء عليها والصغيرة تنقل من مكانها فصار كالزرع وقيل يدخلان فيه لان نباتهما ليس لها حد معلوم
بخلاف الزرع والمراد بالمفاتيح اذا كان غلقها متصلا بالدار مركبا فيها مثل الكيلون والضبة لانها تدخل
في البيع حينئذ تبعا لها فتدخل المفاتيح تبعا للاغلاق اذ لا ينتفع بكل واحد منهما بدون الآخر وان لم يكن
الغلق مركبا فيها كالقفل لا يدخل الغلق لعدم الاتصال ولا المفتاح لانه في القياس لا يدخل اصلا
الا انا استحسنا ذلك فيما اذا دخل الغلق تبعا فاذا لم يدخل بقي على اصل القياس ثم الاصل في جنس هذه
المسائل ان الشيء اذا كان متصلا بالمبيع اتصال قرار دخل في البيع تبعا والا فلا الا اذا جرى العرف بالدخول
فيه كالمفتاح والسلم المتصل بالبناء يدخل ولو كان من خشب وغير المتصل لا يدخل والسرير كالسلم هكذا
ذكره في الكافي وهذا في عرفهم وفي عرف اهل [illegible] ينبغي ان يدخل السلم وان كان متصلا والظلة لا تدخل

اذا الظلة في ثياب البدلة مرتفعة لا تدخل الا بالشرط لعدم العرف
البس للعرف فلا
شرط للعرف الآن تكون ثيابا
والجارية تدخل في البيع بغير
داخل وثياب الغلام
اذا كان منها معابر
حينئذ وعندهما تدخل
في بيع الدار عند ابي

والمهنة

فصل

١٦٠

والمهنة ثم البايع بالخيار ان شاء اعطى الذي عليه وان شاء اعطى غيره لان الداخل بحكم العرف كسوة
مثلها لا بعينها ولهذا لم يكن لها حصة من الثمن حتى لو استحق ثوب منها لا يرجع على البايع بشيء وكذا
اذا وجد بها عيبا ليس له ان يردها ولو وجد بالجارية عيبا كان له ان يردها بدون تلك الثياب وخطام
البعير والحبل المشدود على [illegible] في عنق الحمار والعذار والبرذعة والاكاف يدخل للعرف
بخلاف سرج الدابة ولجامها والحبل المشدود على قرن البقر والحبل حيث لا يدخل الا بالشرط لعدم العرف
الآن يكون العرف بخلافه وفصيل الناقة وعجل البقرة وجحش الاتان والعجول [illegible] والحمل ان ذهب
به مع الام الى موضع البيع دخل فيه للعرف والا فلا قال ولا يدخل الزرع في بيع الارض بلا تسمية
ولا الثمر في بيع الشجر الا بالشرط لانهما متصلان بهما للفصل فصار كالمتاع الموضوع وقال عليه الصلاة والسلام
من اشترى ارضا فيها نخل فالثمرة للبايع الا ان يشترطها المبتاع رواه ابو داود وغيره ولا يلزم عليه الحمل
حيث يدخل في البيع تبعا وان كان للفصل لانه جزء الجارية فيكون تبعا لها ولانه لا يقدر على فصله الا انه [illegible]
فلا يعتبر منفصلا في الحال مع وجود الجزئية في الحال قال ويقال للبايع اقطعها وسلم المبيع لان
ملك المشتري مشغول بملك البايع فكان عليه تفريغه ويقال للبايع اقلعها وسلم المبيع وتسليمه كما اذا كان
فيه متاع موضوع وقال الشافعي يترك حتى يظهر صلاح الثمر ويستحصد الزرع لان الواجب هو
التسليم المعتاد وفي العادة ان لا يقطع كذلك وصار كما اذا انقضت مدة الاجارة وفي الارض زرع
فانه يترك [illegible] وفي الاجارة التسليم واجب ايضا حتى يترك باجر وتسليم العوض كتسليم
العوض والحال لا يقطع ثمنها لان الاجارة للانتفاع وذلك بالترك دون القلع بخلاف الشراء لانه
لملك الرقبة فلا يراعى فيه امكان الانتفاع الا ترى انه لو اشترى ارضا لا يكون له الطريق الا بالشرط
وفي الاجارة يدخل من غير شرط لما ذكرنا ولا فرق بين ما اذا كان للثمر او الزرع قيمة او
لم يكن لهما قيمة في الصحيح ويكون في الحالين للبايع لان بيعهما منفردا يجوز في الحالين في الاصح
فكذا لا يدخلان في بيع الارض والشجر تبعا واما اذا بذر في الارض ولم ينبت حتى باع الارض
فلا يدخل لانه مودع فيها فصار كالمتاع الموضوع ولا يدخل الزرع والثمر بذكر الحقوق
والمرافق لانهما ليسا منها ولو قال بكل قليل وكثير هو له فيها او منها من حقوقها
او من مرافقها لا يدخلان لما قلنا وان لم يقل من حقوقها فقط دخلا فيه لانهما من الكثير الذي
له فيها ومنها للاتصال [illegible] فالثمر المجذوذ والزرع المحصود حيث لا يدخل
الا بالتنصيص عليه [illegible] في الحال وورق التوت والآس والزعفران والورد بمنزلة الثمر
وكل ما ذكرنا مثل الآس واشباهها بمنزلة النخل وعكس الثمار والحكم للشرب والطريق
فكذلك موضع يدخل الثمار
والزرع لا يدخل فيه
ليسا منها ولا فيها لكنها
حقوقها والثمر والزرع
ان فيها وهما فيها وليسا
حقوقها فتعالى السائل
باع ثمرة قد بدا صلاحها
لا يصح لانه مال [illegible] منتفع
بعد ما فيه الثمر والطريق [illegible]
ما الطريق وكلام [illegible]
الا بغير عوض

ينتفع به في المآل او في الحال وقيل لا يجوز قبل ان يصير منتفعا به والاول اصح وعلى هذا الخلاف بيع الزرع
قبل ان تناوله المشافر والمناجل والاصح الجواز لانه منتفع به في المآل فصار كالاطفال والجحش قال
ويقطعهما المشتري تفريغا لملك البائع هذا اذا اشتراها مطلقا او بشرط القطع قال وان شرط تركها
على النخل فسد اي البيع لانه شرط لا يقتضيه العقد وهو شغل ملك الغير او نقول انه صفقة في صفقة لانه اجارة
في بيع ان كان للمنفعة حصة من الثمن او اعارة في بيع ان لم يكن لها حصة من الثمن وقد نهى رسول الله صلى
الله عليه وسلم عن صفقة في صفقة وكذا بيع الزرع بشرط الترك لما بينا وكذا اذا تناهى عظمها عندهما لانه شرط
لا يقتضيه العقد وقال محمد رحمه الله لا يفسد استحسانا للعادة بخلاف ما اذا لم يتناه عظمها لانه شرط فيه الجزء
المعدوم وهو ما يزداد بمعنى في الارض والشجر ولو اشتراها مطلقا وتركها باذن البائع طاب له الفضل وان
تركها بغير اذنه تصدق بما زاد في ذاته لحصوله بجهة محظورة وان تركها بعد ما تناهى عظمها لم يتصدق بشيء
لان هذا تغير احوال فان الشمس تنضجه ويأخذ اللون من القمر والطعم من الكواكب بتقدير الله تعالى وان اشتراها
مطلقا ثم استأجر النخيل الى وقت الادراك فتركها طاب له الفضل لان الاجارة باطلة لعدم التعارف والحاجة
فبقي الاذن معتبرا بخلاف ما اذا اشترى الزرع واستأجر الارض الى ان يدرك وتركه حيث لا يطيب له
الفضل وهو ما زاد على الثمن وعلى ما غرم من اجر المثل لان الاجارة فاسدة للجهالة فاورثت خبثا ولو اشتراها
مطلقا فاثمرت ثمرا اخر قبل القبض فسد البيع للعجز عن التسليم ولو اثمر بعد القبض يشتركان فيه للاختلاط
والقول قول المشتري في مقداره لانه في يده وكذا في الباذنجان والبطيخ والمخلص ان يشتري الاصول لتحصل الزيادة
في ملكه ثم يبيع الاصول بعد قضاء حاجته من البائع ان شاء وقيل المخلص فيه ان يشتري الثمار الموجودة والمعدومة
فانه جائز عند بعضهم اذا كان الموجود اكثر فحاصله ان لهذه المسئلة ثلاث صور احداها اذا اخرج الثمار كله
فانه يجوز بيعه بالاتفاق وحكمه ما مضى وثانيها ان لا يخرج شيء منه فانه لا يجوز بيعه اتفاقا وثالثها ان يخرج
بعضها دون بعض فانه لا يجوز في ظاهر المذهب وقيل يجوز اذا كان الخارج اكثر ويجعل المعدوم تبعا للموجود
استحسانا لتعامل الناس وللضرورة وكان شمس الائمة الحلواني وابو بكر محمد ابو الفضل البخاري يفتيان به وقال
شمس الائمة السرخسي والاصح انه لا يجوز لان المصير الى مثل هذه الطريقة عند تحقق الضرورة ولا ضرورة
هنا لانه يمكنه ان يبيع الاصول على ما بينا او يشتري الموجود ببعض الثمن ويؤخر العقد في الباقي الى وقت
وجوده او يشتري الموجود بجميع الثمن ويبيح له الانتفاع بما يحدث منه فيحصل مقصودهما بهذه الطريقة ولا
ضرورة الى تجويز العقد في المعدوم مصادما للنص وهو ما روي انه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع ما ليس عند
الانسان ورخص في السلم قال ولو استثنى منها ارطالا معلومة صح كبيع بر في سنبله وباقلاء في قشره اي
لو استثنى من الثمار المبيعة المجذوذة او غير المجذوذة جاز البيع كما يجوز بيع البر في سنبله والباقلاء في قشره اما

(حاشية: يشتري بجميع)

استثنى خلافا معينا رجوعه على ما بينا بخلاف ما اذا
رجوعا عن العقد قبل القبول فيه
شيء فخلوا عن الفايدة او يكون
بعد الاستثناء مجهول ونفعا لا يجوز لان الباقي
عن ابي حنيفة انه لا يجوز
فوجب القول بجوازه ودري ظاهر
والمستثنى معلوم بالعيان
هنا معلوم بالاشارة
الاول فلان الباقي

١٦١

لان المبيع معلوم بالمشاهدة قلنا هذه الجهالة لا تفضي الى المنازعة لان المبيع معلوم بالاشارة و
جهالة قدره لا تمنع جواز البيع في المشار اليه على ما بينا من قبل الا ترى ان بيعه مجازفة جائز
وان كان مجهول القدر وهذا هو بعينه لانه خلاف لانه مما يعلم بعد الثني ولان كل ما جاز ايراد
العقد عليه بانفراده جاز استثناؤه من العقد وما لا فلا وبيع ارطال معلومة من الثمار
جائز فكذا استثناؤها ونظيره بيع شاة معينة من القطيع فانه يجوز فكذا استثناؤها ولو
كانت مجهولة بان باع شاة منها بغير عينها لا يجوز فكذا استثناؤها وعلى هذا اطراف الحيوان و
اوصاف المبيع وقوله ربما لا يبقى بعده شيء الى اخره قلنا الاستثناء تصرف لفظي فيعتبر فيه صحة
الكلام فاذا صح تم الكلام وصار مفيدا ولا يكون رجوعا وان خرج الكل بذلك الطريق لانه يتوهم البقاء
الا ترى انه لو قال نسائي طوالق الا فلانة وفلانة او قال عبيدي احرار الا فلانا وفلانا صح وان خرج
الكل بهذا الطريق صح ولا يكون رجوعا اذا كان بلفظه بان قال عبيدي احرار الا عبيدي او نسائي
طوالق الا نسائي حتى لا يصح هذا الكلام ويلغو ويقع الطلاق والعتاق على الجميع فكذا هنا لا يكون رجوعا
الا اذا قال بعتك هذه الثمار الا هذه الثمار واما الثاني وهو ما اذا باع برا في سنبله الى اخره فلانه
مال متقوم منتفع به فيجوز بيعه في قشره كالشعير وقال الشافعي لا يجوز لان المعقود عليه مستور
غايب عن البصر ولا يعلم وجوده فلا يجوز بيعه في قشره كبذر البطيخ وحب القطن واللبن في
الضرع والزيت في الزيتون قبل الاستخراج قلنا الفرق بينهما ان الغالب في السنبلة الحنطة الا ترى انه
يقال هذه الحنطة وهي في سنبلها ولا يقال هذا حب ولا هذا لبن ولا زيت ولا قطن وعلى هذا الخلاف
الفستق والبندق والجوز والحمص الاخضر وسائر الحبوب المغلقة ولنا ما رواه مسلم واحمد وغيرهما انه عليه الصلاة
والسلام نهى عن بيع النخل حتى تزهو وعن بيع السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة امتد به التسليم يعني لا
يجوز الاسلام فيه حتى يوجد بين الناس الا ترى الى ما رواه مسلم والبخاري باسنادهما عن النبي صلى الله عليه وسلم
اذا منع الله الثمرة فبم تستحل مال اخيك فيكون حجة لنا في اشتراط وجود المسلم فيه من حين العقد الى حين المحل
ولو اخذ بيع على الطلاق كان حجة لنا ايضا في هذه الموضع لانه يقتضي جواز بيعه بعد ما يبيض مطلقا من غير قيد
بالفرك ولو كان كما قاله لقال حتى يفرك قال واجرة الكيل على البائع مراده فيما اذا بيع مكايلة او
موازنة وكذا اجرة وزن المبيع وذرعه وعده على البائع لان الكيل والوزن والذرع والعد فيما بيع مكايلة او
موازنة او مذارعة او معادة من تمام التسليم وتسليم المبيع على البائع فكذا تمامها قال واجرة نقد الثمن
ووزنه على المشتري لما ذكرنا ان الوزن من تمام التسليم وتسليم الثمن على المشتري فكذا ما يكون من تمامه وكذا يجب
عليه تسليم الجيد لان حق البائع تعلق به فيكون اجرة من يميز ذلك عليه اذ هو المحتاج اليه وهذه رواية ابن سماعة

فيكون اجرته عليه وبالاول
عنه فكان هو المحتاج اليه فيكون
بعد التسليم بالوزن ليعرف المعيب
الثمن على البائع لان النقد يكون
وفي رواية بشر عنه اجرة نقد
منهما فكان هو المحتاج اليه
بعد التسليم والوزن ليعرف العيب
المشتري على البائع لان النقد يكون
ابن رستم عنه اجرة نقد
عن محمد رحمه الله وفي رواية

كان يفتي صدر الشهيد رحمة الله عليه وهذه رواية ابن سماعة عن محمد رحمة الله عليه وروي عن محمد ان اجرة النقد
على رب الدين بعد القبض وقبله على المديون لان على المديون ايفاء حقه فيكون اجرة التمييز عليه وبعد القبض دخل
في ضمان رب الدين ويدعي انه خلاف حقه فيكون بينة وعليه **قال** ومن باع سلعة بثمن سلمه اولا اي
تسليم الثمن اولا لان العقد يقتضي المساواة وحق المشتري قد تعين في المبيع فيسلم هو الثمن اولا ليتعين حق البائع
فيه كما تعين حقه في المبيع اذ الثمن لا يتعين الا بالقبض وصورة هذا ان يقال للبائع احضر المبيع لنعلم انه قائم
فاذا احضره قيل للمشتري سلم الثمن اولا لما ذكرنا وان كان المبيع غائبا فللمشتري ان يمتنع من تسليم الثمن حتى
يحضر البائع المبيع على مثال الراهن مع المرتهن **قال** والا معا اي ان لم يكن سلعة بثمن سلما معا لاستوائهما
في التعيين او في عدم التعيين وذلك لانه اما ثمن بثمن او سلعة بسلعة فالاولى كلاهما غير متعين والثاني متعين

باب خيار الشرط

صح للمتبايعين او لاحدهما ثلاثة ايام او اقل اي جاز خيار الشرط
لهما جملة او لاحدهما ثلاثة ايام فما دونها لقوله عليه الصلاة والسلام لحبان بن منقذ الانصاري وكان يغبن في
البياعات اذا بايعت فقل لا خلابة ولي الخيار ثلاثة ايام **قال** ولو اكثر لا اي لو شرط اكثر من ثلاثة ايام لا يجوز
وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وبه قال زفر والشافعي وقالا يجوز اذا سمى مدة معلومة لما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما
انه اجاز الخيار الى شهرين ولان الخيار شرع للتروي لدفع الغبن وقد تمس الحاجة الى الاكثر فصار كالتاجيل في الثمن
ولابي حنيفة ان شرط الخيار مخالف لمقتضى العقد وهو اللزوم وانما جوزناه بخلاف القياس بما رويناه من النص فيقتصر
على مورد النص فينتفي الزيادة بخلاف الاجل لانه للقدرة على التحصيل وذلك يتفاوت المدة وحديث ابن عمر ليس
بنص فانه روي انه اجاز الخيار الى شهرين فيحتمل انه خيار الرؤية او العيب فاذا انتفت الزيادة فسد العقد بها
قال فاذا اجاز في الثلاث جاز خلافا لزفر هو يقول انعقد فاسدا فلا يعود صحيحا كالنكاح بغير شهود
وله ان المفسد قد زال قبل تقرره فينقلب صحيحا كما اذا باع بالرقم واعلمه في المجلس وهذا عند مشايخ اهل العراق
من اصحابنا فان عندهم ينعقد فاسدا ويرتفع الفساد بحذف الشرط ولان المفسد اتصال اليوم الرابع بهذه المدة فاذا
حذفه قبل اليوم الرابع فقد منع اتصال المفسد بالعقد فصار كان الخيار لم يكن مشروطا في اليوم الرابع وهذا عند مشايخ
اهل خراسان فعندهم العقد موقوف على اسقاط الشرط فبمضي جزء من اليوم الرابع فسد العقد فلا ينقلب صحيحا بخلاف
فساد النكاح لعدم الاشهاد لان الفساد فيه لعدم شرط الجواز فلا يمكن ازالته وهذا الوجه اوجه **قال** ولو باع على انه
ان لم ينقد الثمن الى ثلاثة ايام فلا بيع صح والى اربعة لا وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يجوز الى اربعة
ايام واكثر وقال زفر لا يجوز هذا الشرط اصلا وهو القياس لانه شرط فيه اقالة فاسدة لتعلقها بالشرط عدم النقد ولو
شرط اقالة الصحيحة منها فسد فهذا اولى وجه الاستحسان انه في معنى شرط الخيار بل هو عينه لانه متخير في الايام الثلاث
بين الفسخ والامضاء عند ان ترك النقد جعل امارة الفسخ والنقد امارة الامضاء وهذا الشرط محتاج اليه لدفع
فلا يعد اصلاحا

ثم ابو حنيفة ومحمد مر على اصلهما في الزيادة على الثلاثة في الملحق به وهو شرط الخيار على ما بينا وابو يوسف
مع ابي حنيفة في هذا ومع محمد في شرط الخيار اخذ بالنص في هذا وبالاثر في تلك **قال** فان نقد
في الثلاث صح يعني فيما اذا اشترط اكثر من ثلاثة ايام وانما صح لزوال المفسد وهذا بالاجماع ثم هذه
المسألة على وجوه اما ان لا يبينا الوقت او بينا وقتا مجهولا بان يقول ان لم تنقد اياما او بينا
معلوما وهو اكثر من ثلاثة ايام فهو في هذه الصور كلها فاسد الا ان ينقد في الثلاث لما ذكرنا
او بينا وقتا معلوما وهو ثلاثة ايام او دونه فانه يجوز لما بينا **قال** وخيار البائع يمنع خروج
المبيع عن ملكه لان تمام البيع لا يكون الا بالتراضي ولا يتم الرضا مع الخيار ولهذا ينفذ عتق البائع
ويملك التصرف فيه دون المشتري وان قبضه باذن البائع **قال** ويقبض المشتري يهلك بالقيمة
يعني اذا قبضه المشتري وهلك في يده في مدة الخيار فان المشتري يضمن قيمته لان البيع ينفسخ بالهلاك
لانه كان موقوفا ولا نفاذ بدون المحل وكان مقبوضا في يده على سوم الشراء وفيه القيمة ولو هلك
في يد البائع انفسخ البيع ولا شيء على البائع للمشتري كذا في الهداية كما في البيع الصحيح المطلق ولو تعيب
المبيع في يد المشتري فللبائع ان يلزمه البيع ان شاء وان شاء فسخ البيع وضمنه النقصان لان العيب لا يمنع
الفسخ فاذا انفسخ العقد كان مضمونا على المشتري بالقبض بجميع اجزائه كالمغصوب ولو تعيب في يد البائع
فهو على خياره لان ما انتقص بغير فعله لا يكون مضمونا عليه ولكن المشتري يتخير ان شاء اخذه بجميع الثمن
وان شاء فسخ كما في البيع المطلق واذا كان العيب بفعل البائع ينتقض البيع فيه بقدره ويثبت الخيار للمشتري
ايضا لان ما تحدث بفعله يكون مضمونا عليه وتسقط حصته من الثمن **قال** وخيار المشتري لا يمنع
ولا يملكه اي لا يمنع خروج المبيع عن ملك البائع ولا يملكه المشتري لان البيع من جهة البائع لازم لان الخيار
شرع نظرا لمن له الخيار فيعمل في حقه دون الاخر واذا لم يملكه المشتري كيلا يجتمع البدل والمبدل في ملك
شخص واحد عند ابي حنيفة وقالا يملكه لانه لو خرج عن ملك البائع ولم يدخل في ملك المشتري لكان زايلا لا
الى مالك ولا عهد لنا به في الشرع **وله** ان الثمن لم يخرج عن ملكه لان الخيار يعمل في حق من له الخيار ولو دخل
في ملكه لدخل بلا عوض واجتمع في ملك شخص واحد العوض والمعوض ولا عهد لنا به في الشرع ولان الخيار شرع
نظرا له لينظر فيه هل هو موافق ام لا فلو دخل في ملكه يفوت ذلك فيما اذا اشترى قريبه لانه يعتق عليه فيعود
على موضوعه بالنقض وجاز ان يوجد ملك بلا داخل في ملك غيره كعبيد الكعبة يخرجون عن ملك مالكهم
ولا يدخلون في ملك احد عند الشراء للكعبة وكذا التركة المستغرقة بالدين تخرج عن ملك الميت ولا تخرج الى
ملك الورثة ولا يقال على هذا يكون سائبة وهو منهي عنها لانا نقول انا نقول الحال موقوف ان اجيز البيع
استند الى وقت العقد فيتبين انه ملكه من ذلك الوقت ولهذا كان له الزوائد وان فسخ بان انه غير زايل عن

فيه عند المشتري يمنع الرد على البائع لعجزه عن الرد كما قبضه والهلاك لا يعرى عن مقدمة عيب فيهلك
بعد ما انبرم العقد فيلزمه الثمن بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع لانه بدخول العيب فيه لا يمتنع الرد اذ لا يعجز
عن التصرف بحكم الخيار فلا يسقط خياره وان اشرف على الهلاك فلو لزم البيع فيه انما يلزم بعد موته وذلك لا يجوز لانه
لم يبق محلا للبيع فكان مضمونا عليه بالقيمة مقبوضة قال فلو اشترى زوجته بالخيار بقي النكاح لانه لم يملكها
لان خيار المشتري يمنع دخول المبيع في ملكه على ما بينا قال فان وطئها فله ان يردها لان الوطء بحكم النكاح
لا بحكم ملك اليمين اذ لا يملكها بعد الشراء الا اذا نقصها الوطء لانها تعيبت به وليس له ان يردها عليه بعد ما تعيبت
عنده على ما ذكرنا بان كانت بكرا وهذا عند ابي حنيفة وعندهما ليس له ان يردها مطلقا لان النكاح انفسخ بملكه اياها
فيكون الوطء بحكم ملك اليمين فيمتنع الرد كما اذا اشترى غير زوجته فوطئها وهذه المسئلة يظهر فيها ثمرة
الخلاف بينهم وله نظائر منها عتقه اذا كان قد حلف بعتقه بان قال ان ملكت عبدا فهو حر بخلاف ما اذا قال
ان اشتريته لانه يصير كالمنشئ في تلك الحالة وحق تصحيح الجزاء لا غير حتى لا يجزئه عن الكفارة اذا نواه بخلاف شراء القريب
على ما عرف في موضعه ومنها ان الامة المشتراة لو حاضت عند المشتري بعد القبض لا تجتزئ به عن الاستبراء لعدم
الملك عنده وعندهما تجتزئ لوجوده ولو رجعت الى البائع بالفسخ بحكم الخيار لا يجب عليه الاستبراء لعدم دخولها
في ملك غيره وعندهما يجب اذا رجعت اليه بعد القبض وان رجعت في مدته قبل القبض لا يجب عليه الاستبراء استحسانا
كما لو كان البائع باتا ثم تفاسخا باقالة او غيره فانه يجب عليه الاستبراء بعد القبض قياسا واستحسانا وقبل
القبض يجب قياسا وفي الاستحسان لا يجب اجماعا ومنها ما اذا اشترى منكوحته وقد ولدت او حبلى منه لا تصير
ام ولد له خلافا لهما وثمرة الخلاف تظهر ايضا فيما اذا ولدت منه قبل القبض في يد البائع وان قبضها المشتري
فولدت في مدة الخيار لزم البيع بالاجماع لانها تعيبت بالولادة ولا يملك ردها بعد التعيب في يده بخلاف ما اذا ولدت
قبل القبض عند ابي حنيفة وهو نظير ما اذا اشترى حبلى من غيره بشرط الخيار فقبضها فولدت عنده يبطل
خياره ويلزم البيع لما ذكرنا ومنها ما اذا قبض المشتري المبيع باذن البائع ثم اودعه عنده فهلك في يده
هلك من مال البائع عنده لان قبضه يرتفع بالرد لعدم الملك فهلاكه بعد ذلك في يد البائع ان كان في المدة
فهو هلاك قبل القبض وقبل الملك وان كان بعد مضيها فهو هلاك قبل القبض فيكون من ماله كما في البيع البات
وعندهما من مال المشتري لصحة الايداع باعتبار قيام الملك له فصار كما اذا كان له خيار الرؤية او العيب
الفرق له انهما لا يمنعان وقوع الملك للمشتري فيكون الايداع صحيحا بخلاف خيار الشرط ومنها ما لو
كان المشتري بالخيار عبدا مأذونا في التجارة فابرأه البائع عن الثمن في مدة الخيار بقي خياره عنده لانه
لما لم يملكه كان الرد امتناعا عن التملك والمأذون له يملك الرد كان التمليك بغير عوض كما اذا وهب له فان له
ان يمتنع عن القبول وعندهما بطل خياره لانه لما ملكه كان الرد منه تمليكا بلا عوض وهو لا يملك الرد بخلاف الحر

زوجته

فخيار المشتري لو كان له خيار رؤية او عيب في المبيع
ابرأه البائع من الثمن فانه لا يملك رده عليه
بعد القبض بالاجماع وجوابه
انهما لا يمنعان الوقوع في الملك
على ما بينا وذكر في المحيط انه لا يملك
الابراء عن الثمن عند ابي يوسف
لا لانه لم يملكه لان خيار المشتري

يمنع صحة

يمنع صحة الثمن عن ملكه وهو القياس وجه الاستحسان انه ابرأ بعد وجود السبب
فيصح ومنها ما لو اشترى ذمي من ذمي خمرا على انه بالخيار ثم اسلم المشتري في مدة الخيار بطل
الخيار عندهما لانه لما ملكها فلا يملك تمليكها بالرد وهو مسلم وعنده يبطل البيع لانه لم يملكها
فلا يملكها باسقاط الخيار وهو مسلم ولو اسلم البائع والخيار للمشتري بقي على خياره بالاجماع ولو ردها
المشتري عادت الى ملك البائع لان العقد من جانب البائع بات فان اجاز صار له وان فسخ صار الخمر
للبائع والمسلم من اهل ان يتملك الخمر حكما بعذر كان في الارث ولو كان الخيار للبائع فاسلم هو بطل البيع
لان المبيع لم يخرج عن ملكه والمسلم لا يملك الخمر ولو اسلم المشتري لا يبطل العقد والبائع على خياره
لان العقد من جهة المشتري بات فان اجاز العقد صار له لان المسلم من اهل ان يملك الخمر حكما
وان فسخه كان للبائع وهذا الحكم فيما اذا اسلم احدهما بعد القبض والخيار لاحدهما وان اسلم قبل القبض
بطل البيع في الصور كلها سواء كان البيع باتا او بشرط الخيار لاحدهما او لهما لان القبض [illegible] بالعقد
من حيث انه يفيد ملك التصرف فلا يملكه بعد الاسلام وان اسلم احدهما او كلاهما بعد القبض وكان
البيع باتا لا يبطل لانه تم بالقبض بخلاف ما اذا كان بشرط الخيار على ما مر ومنها مسلم اشترى من مسلم
صيدا بشرط الخيار ثم احرم المشتري في المدة فسد البيع عنده وعندهما تم ومنها حلال اشترى صيدا بشرط
الخيار فقبضه ثم احرم والصيد في يده ينتقض البيع ويرده الى البائع وقالا يلزم المشتري ولو كان الخيار
للبائع ينتقض في قولهم جميعا وان كان الخيار للمشتري فاحرم البائع فللمشتري ان يرده ومنها ما
لو اشترى دارا وهو ساكنها باجارة او اعارة فاستدام السكنى بعد الشراء لا يكون اختيارا عنده وعندهما
اختيار لانه ملك العين فكان سكناه بحكم ملك العين وقال السرخسي رحمه الله ابتداء السكنى اختيار لان الدار
لا تمتحن بالسكنى بخلاف الاستمرار قال فان اجاز من له الخيار بغيبة صاحبه جاز ولو فسخ لا وهذا عند ابي
حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف له ان يفسخ ايضا مع غيبة صاحبه لان الشرط كان بمساعدته فصار مسلطا على
الفسخ فلا يتوقف على علمه كالفسخ بالفعل مثل اعتاق من له الخيار او وطئه او بيعه او تقبيله بشهوة
وكالاجازة فان علم الاخر لا يشترط فيها ولهذا الاشتراط رضاه فصار كالوكيل بالبيع ولهما انه بالفسخ
يلزم صاحبه الضرر اذ لا يتمكن من العمل بموجب الفسخ من غير علمه كالامتناع من التصرف والعمل والاستخدام
بل تقدم على [illegible] التصرفات اعتمادا على ما سبق من البيع فيلزمه الغرامة وكذا لا يطلب لسلعته مشتريا
لما قلنا فلا بد من علمه دفعا للضرر عنه كعزل الوكيل وحجر العبد المأذون له في التصرف وفسخ الشريك
ونهي المضارب عن التصرف بخلاف الاجازة لانه لا ضرر فيها على صاحبه اذ هو موافق له فيها وبخلاف
الفسخ بالفعل لانه حكمي ولا يشترط العلم في الحكمي كعزل الوكيل والمضارب والشريك وحجر العبد المأذون له

كعزل

وكذا المضارب ولو فسخ
من غير علم الوكيل لانه مسلط من جهة
عليه بخلاف الوكيل فيه لا يجوز له التصرف
فيلزم في حق لا يتسلطها فيشترط
الحكم وانما يفسخ لكون العقد
ويكون مسلطا عليه وهو بنفسه لا يملك
انه مسلط على الفسخ من جهة صاحبه
ويكون مطلقا ولا انه
[illegible]
في العادة [illegible]

حال غيبة صاحبه وبلغه في المدة صح ولو مضت المدة قبل العلم به تم العقد ولزم والحيلة فيه ان ياخذ منه
وكيلا فيجوز اذا ابى الفسخ يرده عليه وقال بعضهم انه لو رفع الامر الى الحاكم واعلمه بذلك وبغيبته نصب عنه خصما عنه
مع الرد عليه وذكر الكرخي ان خيار الرؤية على هذا الخلاف وفي خيار العيب لا يصح فسخه بغير علمه بالاجماع لانه لا
يثبت الا بالقضاء **قال** وتم العقد بموته وبمضي المدة وبالاعتاق وتوابعه والاخذ بشفعة يعني يتم العقد
بواحد من هذه الجملة **اما** الاول وهو موت من له الخيار فلان الخيار عندنا يبطل ولا ينتقل الى الورثة عندنا **خ** قال
الشافعي يورث عنه لانه حق لازم ثابت له في البيع فيجري فيه الارث كخيار العيب والتعيين **ولنا** ان الخيار صفة للميت
فلا ينتقل عنه كسائر اوصافه وانما قلنا انه صفة له لانه ليس هو الا مشية وارادة فصار كخيار المجلس عنده بخلاف
خيار العيب لان المورث استحق المبيع سليما فكذا الوارث لا انه ورث خياره وهذا لانه بالعيب فات جزء
التسليم فللمورث ان يطالب بذلك الجزء فيقوم الوارث مقامه فيه ولهذا يثبت له الخيار فيما تعيب في يد البايع
بعد موت المورث وان لم يثبت للمورث وخيار التعيين يثبت للوارث ابتداء لاختلاط ملكه بملك الغير لان الخيار
يورث فاذا بطل الخيار لزم البيع وتم **واما** الثاني وهو ما اذا مضت مدة الخيار فلانه بمضيها يبطل خياره
اذ لم يثبت له الخيار الا في ملك المدة كالمخيرة في وقت مقدر لم يبق لها الخيار بعد مضيه ومن ضرورة
بطلان الخيار تمام العقد ولانه وجد لزوال المانع **واما** الثالث وهو الاعتاق وتوابعه فلان هذه التصرفات دليل
الاستيفاء لانها تعتمد الملك والمراد بتوابع العتق التدبير والكتابة وكذلك كل تصرف لا ينفذ الا في الملك كالبيع
والاجارة وهذا الحكم اذا كان الخيار للمشتري ووجد منه شيء من هذه الاشياء وان كان الخيار للبايع وفعل شيئا
من هذه الاشياء في المدة انفسخ البيع لما ذكرنا من انه دليل الاستيفاء ولو كان الفعل يحل بغير الملك لا يتم به الملك
كالاستخدام والركوب ونحو ذلك لانه يفعل للامتحان والتجربة فلا يكون دليل الاستيفاء **واما** الرابع وهو الاخذ
بالشفعة وصورته ان يشتري دارا بشرط الخيار ثم تباع دار اخرى بجنبها فيأخذها المشتري بشرط الخيار بالشفعة
فلان الاخذ بها لا يكون الا بالملك فكان دليل الاجازة وهذا لان الشفعة شرعت نظرا للمالك لدفع ضرر الدخيل
على الدوام فكان اخذه بها دليل الاستيفاء فيتضمن سقوط الخيار سابقا عليه فيثبت له الملك فيها من وقت الشراء
فظهر ان الجواز كان سابقا ولانه احق الناس بالتصرف فيها فكان اولى بالشفعة وان لم يملكها كما في المكاتب
والعبد الماذون له في التجارة وهذا التقدير يحتاج اليه لابي حنيفة واما على قولهما فان المشتري بالخيار يملك المبيع
فلا يحتاج الى هذا التقدير لثبوت الملك وانما يحتاج اليه لسقوط الخيار لا غير وهذا لان خياره يسقط به اجماعا
خيار الرؤية حيث لا يسقط باخذ الشفعة فيما اذا بيعت دار بجنبها فاخذها بها لانه لا يسقط بالصريح فكذا بالدلالة
قال ولو شرط المشتري الخيار لغيره صح واي اجاز او نقض صح اي اجاز المشتري او من شرط له الخيار
او نقضه جاز وقال زفر لا يجوز اشتراط الخيار لغير العاقد وهو القياس لان الخيار من مواجب العقد ومن احكامه
فلا يجوز اشتراطه لغيره كاشتراط الثمن على غير العاقد **ولنا** ان اشتراط الخيار لغير العاقد اشتراطه للعاقد لانه لا وجه لاثبات الخيار لغير العاقد بطريق الاصالة ويمكن اثباته بطريق النيابة عن العاقد فيجعل كانه شرط الخيار لنفسه وجعل الاجنبي
ذلك فيعقد العقد معه ولا يفسخ الا بغيره وهذا لان اشتراط

تعدد

المشتري

١٦٤

وانابه عن نفسه اقتضاء تصحيحا لتصرفه وزفر لا يقول بالاقتضاء ولا بالاستحسان فاذا كان نايبا عنه يكون لكل
واحد منهما الخيار فاي منهما اجاز او نقض صح لان لكل واحد منهما ملك التصرف اصالة او نيابة **قال** فان
اجاز احدهما ونقض الآخر فالاسبق احق لوجوده في زمان لا يزاحمه فيه احد ونقض الآخر بعده يلغو
لان السابق ان كان فسخا فالمفسوخ لا يلحقه الاجازة وان كان اجازة فقد انبرم العقد وبعد انبرامه لا ينفسخ
احد المتعاقدين بفسخه **قال** وان كانا معا فالفسخ اي لو خرج احدهما اجازة الآخر وخرج الكلامان
منهما معا كان الفسخ اولى من الاجازة من ايهما كان وهو رواية كتاب الماذون من المبسوط وفي رواية
كتاب البيوع منه تصرف المالك اولى فسخا كان او اجازة لان الاصيل اقوى اذ النايب يستفيد الولاية
منه فلا يصلح ان يكون معارضا للاصيل ولانه لما اقدم على التصرف كان عزلا له منه بالفعل حكما وهو يملك
ذلك صريحا بالقول فكذا دلالة بالفعل وهذا لان تصرف النايب انما كان للحاجة ولا حاجة عند مباشرة التصرف
بنفسه فيلغو بخلاف ما اذا وكله ان يطلق امراته بالبتة فطلقها الوكيل والموكل حيث يقع عليها طلاق
احدهما غير معين ولا يقدم تصرف الموكل لان الوكيل في باب الطلاق سفير ومعبر فكان الموجود من
الوكيل منسوبا اليه ولهذا الحنث في يمينه لا يطلق فكان الصادر عن الوكيل صادرا عن الموكل بخلاف الوكيل
في البيع على ما عرف في موضعه وجه الاول وهو الاصح ان المعارضة من جهة المتصرف متحققة لان كل واحد
منهما مالك للتصرف وتعذر العمل بهما للاستحالة فوجب الترجيح بحال التصرف والفسخ اقوى لانه يرد على
المجاز دون العكس فكان اولى بالاعتبار كنكاح الحرة والامة اذا وجدا معا ينعقد نكاح الحرة لانه اقوى لوروده على
نكاح الامة دون العكس ولا يقال المفسوخ تلحقه الاجازة الا ترى انه لو كان الخيار لاحدهما ففسخ بحضرة صاحبه
ثم هلك المبيع في يد المشتري قبل التسليم الى البايع عاد الحال الى ما كان حتى يجب عليه الثمن ان كان الخيار للمشتري
والقيمة ان كان الخيار للبايع كما اذا هلك في يده قبل الفسخ لانا نقول هذا لا يلزمنا لان كلامنا في اجازة ترد على
المفسوخ ولا اجازة هنا فلا يرد علينا وقيل ما ذكره في الماذون قول ابي يوسف لانه لا يقدم تصرف المالك
بل يستويان عنده وما ذكر في البيوع قول محمد لانه يقدم تصرف المالك على تصرف النايب عنده واستخرج ذلك
مما اذا باع الوكيل من شخص وباع الموكل من غيره فعند محمد يملكه المشتري من المالك لتقدم التصرف للمالك
وعند ابي يوسف يستويان فيكون بين المشتريين نصفين لاستواء التصرف في عدم تقديم المتصرف بالملك
عنده ويثبت لكل واحد منهما الخيار لتفرق الصفقة عليهما **قال** ولو باع عبدين على انه بالخيار
في احدهما ان فصل وعين صح والا لا اي صح ان فصل ثمن كل واحد منهما وعين الذي فيه الخيار لان الخارج
عن العقد اذ العقد مع الخيار لا ينعقد في حق الحكم فكان الداخل في العقد غيره فما لم يكن ذلك الداخل
معلوما وثمنه معلوما لا يجوز اذ جهالة المبيع والثمن مفسد للعقد ولن يكونا معلومين الا بالتفصيل
والتعيين وهذه المسئلة على اربعة اوجه احدها ان يفصل الثمن ويعين الذي فيه الخيار والثاني ان لا يبين واحدا منهما والثالث ان يبين الثمن دون الآخر والرابع بالعكس فالعقد فاسد في الكل الا في الاول لانتفاء الجهالة عنهما فيه اما الجهالة الثمن او الجهالة المبيع او لجهالتهما

لا يخلو اما ان يجعل المشتري داخلا في العقد اولا فان جعله داخلا فيه وجب ان يجوز وان لم يعين ولم يفصل اذ ليس بيان كل جزء من اجزاء المبيع ولا بيان ثمنه شرطا لجواز البيع وان جعله غير داخل فيه وجب ان لا يجوز وان عين وفصل لانه جعل قبول العقد في غير المبيع شرطا لصحة العقد في المبيع وهو فاسد كما لو جمع بين حر وعبد او شاة ذكية وميتة فانه لا يجوز وان بين ثمنهما قلنا هو داخل صيغة غير داخل حكما فيجوز ما داخلا من وجه دون وجه ينظر فان كان معلوما اعتبرناه داخلا فيجوز والا فيعتبر داخلا فلا يجوز كبيع المدبر مع القن حيث يجوز عند بعضهم وان لم يبين الثمن لانهما داخلان صيغة وحكما اذا لم يوجد في حقهما ما يمنع من ذلك ولهذا لو حكم الحاكم بجواز بيعهما صح وفيما نحن فيه الخيار يمنع انعقاده في حق الحكم اصلا وعند بعضهم لا يجوز حتى يبين الثمن فعلى هذا لا فرق بينهما ولو اشترى كيليا او وزنيا او عبدا او احدا على انه بالخيار في نصفه جاز فصل الثمن او لم يفصل لان النصف من الشيء الواحد لا يتفاوت ولا فرق بين ان يكون الخيار للبايع او للمشتري قال وصح خيار التعيين فيما دون الاربعة وهو ان يبيع احد العبدين او الثوبين على ان ياخذ ايهما شاء او يبيع احد الثلاثة على ان ياخذ ايها شاء ولا يجوز ذلك في الاربعة وهذا استحسان وقال زفر والشافعي لا يجوز هذا اصلا وهو القياس لجهالة المبيع وجه الاستحسان ان شرع الخيار للحاجة الى دفع الغبن ليختار ما هو الارفق والارفق والحاجة الى هذا النوع من البيع متحققة لانه يحتاج الى اختيار من يثق به او اختيار من يشتريه لاجله ولا يمكنه البايع من الحمل اليه الا بالشراء كيلا يبقى امانة في يده فكان في معنى خيار الشرط وهذه الجهالة لا تفضي الى المنازعة لتعين من له الخيار فلا يمنع الجواز غير ان هذه الحاجة تندفع بالثلثة لوجود الجيد والوسط والردي ولا حاجة الى الاربعة وثبوت الرخصة للحاجة وكون الجهالة غير مفضية الى المنازعة فلا يثبت باحدهما فقيل يشترط ان يكون في هذا العقد خيار الشرط مع خيار التعيين وهو المذكور في الجامع الصغير وقال شمس الايمة هو الصحيح وقيل لا يشترط وهو المذكور في الجامع الكبير فيكون ذكره على هذا الاعتبار اتفاقا لا شرطا قال فخر الاسلام هو الصحيح فعلى قول هذا القايل اذا لم يشترط خيار الشرط يلزم العقد في احدهما حتى لا يرده الا احدهما وعلى قول الكرخي له ان يردهما لان هذا الخيار عنده بمنزلة خيار الشرط وقال قاضي خان وضع محمد رحمه الله هذه المسئلة هاهنا يعني في الجامع الصغير فيما اذا بين مدة الخيار فقال ياخذ ايهما شاء بعشرة دراهم وهو بالخيار ثلثة ايام ووضعه كذا في الماذون ووضعها في الجامع الكبير وغيره على ان ياخذ ايهما شاء ولم يذكر الزيادة واذا لم يذكر خيار الشرط فلا بد من توقيت خيار التعيين بالثلاث فما دونها عند ابي حنيفة رحمه الله وبمدة معلومة اية ما كانت عندهما على قول اكثر المشايخ لان القياس يابى جواز هذا العقد وانما جاز استحسانا بطريق الالحاق بشرط الخيار فلا يجوز بدونه فان شرطه كما ثبت له خيار الشرط مع خيار التعيين فان ردهما بخيار الشرط في المدة او رد احدهما بخيار التعيين كان له ذلك واذا مضت المدة بطل خيار الشرط فلا يملك ردهما جميعا ويبقى له خيار التعيين فيرد احدهما وان مات المشتري في مدة الخيار بطل خيار الشرط ويبقى خيار التعيين للوارث فلا يكون له الا رد احدهما

قال العبد الضعيف عفى الله عنه اذا لم يذكر خيار الشرط فلا معنى لتوقيت خيار التعيين بخلاف خيار الشرط فان التوقيت فيه مفيد للزوم العقد عند مضي الوقت وفي خيار التعيين لا يمكن ذلك لانه لازم في احدهما قبل مضي الوقت بدون تعيينه بلا فايدة لشرطه كذلك والذي يغلب على الظن ان التوقيت لا يشترط فيه ولو شرط خيار التعيين للبايع اختلف المشايخ فيه فذكر الكرخي في مختصره انه يجوز استحسانا قالوا واليه اشارة في الماذون ووجهه انه خيار يجوز استحسانا للمشتري فكذا للبايع قياسا عليه وذكر في المجرد انه لا يجوز لانه جوز للمشتري للحاجة بخلاف القياس ولا حاجة اليه للبايع ثم اذا كان خيار التعيين للمشتري فقبضهما فهلك احدهما او تعيب لزمه البيع فيه بثمنه لامتناع الرد بالعيب وتعين الاخر للامانة لان الداخل تحت البيع احدهما والذي لم يدخل في العقد قبضه باذن مالكه لا على سوم الشراء ولا بطريق الوثيقة فكان امانة في يده وتعين الباقي للامانة لما ذكرنا بخلاف ما اذا طلق احدى امراتيه او اعتق احدى عبديه فهلك احدهما حيث يتعين الباقي للعتاق والطلاق لانه حين اشرف على الهلاك لم يخرج من ان يكون محلا للطلاق والعتاق ولا يعجز عن الايقاع عليه قبل الهلاك وبعد الهلاك لم يبق محلا للايقاع فتعين الباقي له لبقاء المحلية وفيما نحن فيه حين اشرف على الهلاك عجز عن رده وهو قابل للبيع ولم تبطل محليته فتعين له وهذا الفرق يرجع الى انهما اشتركا في بقاء المحلية قبل الموت وفي البيع حين اشرف على الهلاك عجز عن رده فتعين هو للبيع لانه قابل له وفي العتاق والطلاق كذلك لا يخرج من ان يكون محلا للايقاع قبل الموت غير انه لا يعجز عنه فبقي مخيرا الى الهلاك فاذا هلك خرج من ان يكون محلا له فلو وقع لوقع بعد الموت ولا ايقاع بعد الموت فتعين الباقي ضرورة هذا اذا هلك احدهما قبل الاخر وان هلكا معا يلزمه نصف ثمن كل واحد منهما لشيوع البيع والامانة فيهما لعدم الاولوية بجعل احدهما مبيعا والاخر امانة ولا فرق بين ان يكون الثمن متفقا او مختلفا وكذا لو هلكا على التعاقب ولا يدري الاول منهما يجب نصف ثمن كل واحد منهما لما قلنا بخلاف ما اذا تعيبا حيث يبقى خياره على حاله وله ان يرد احدهما لانهما محل لابتداء البيع فكذا للتعيين بخلاف الهالك ولكن ليس له ان يردهما وان كان فيه خيار الشرط له لان العيب يمنع من الرد بخيار الشرط قال ولو اشتريا على انهما بالخيار فرضي احدهما لا يرده الاخر يعني لو اشترى اثنان بشرط الخيار لهما ليس لاحدهما ان يرده بنفسه اذا اجاز الاخر وهذا عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا له ان يرده وعلى هذا الخلاف خيار الرؤية وخيار العيب لهما ان اثبات الخيار لهما اثباته لكل واحد منهما لانه شرع لدفع الغبن وكل واحد منهما محتاج الى رفعه عن نفسه فلو بطل هذا بابطال الاخر خياره لم يحصل مقصوده ولحقه به ضرر وله ان المشروط خيار لهما لا خيار لكل واحد منهما على انفراد فلا ينفرد احدهما بالرد ولان حق الرد ثبت لهما على وجه لا يتضرر به البايع وفي رد احدهما نصيبه اضرار بالبايع اذ المبيع خرج عن ملكه غير معيب بعيب الشركة فلو رده احدهما يرده معيبا به اذ هو عيب لكونه لا يتمكن من الانتفاع به الا بطريق المهاياة وليس من ضرورة اثبات الخيار لهما الرضى برد احدهما لتصور اجتماعهما على الرد وقوله يلحقه به ضرر قلنا هذا الضرر يلحقه

١٦٥

من جهة نفسه لعجزه عن ايجاد شرط الرد وهو مساعدة صاحبه اياه على الرد والبايع يتضرر بتصرف الراد
فكان رعاية جانب البايع اولى ولا يقال البايع رضي بالتبعيض بالبيع لهما لانا نقول رضي بالتبعيض في ملكهما
لا في ملك نفسه فلا يدل على الرضى به في ملكه الا ترى ان المشتري لو زوج الامة المشتراة ثم وجد بها عيبا ليس له
ان يردها على البايع لحدوث العيب عنده وهو التزويج وان حصل بتسليطه ورضاه لما قلنا فان قيل هذا
العيب حصل عند البايع قبل القبض والعيب الحادث قبل القبض لا يمنع الرد قلنا هذا عيب حدث بفعل المشتري
وهو يمنع الرد وان حدث في يد البايع **قال** ولو اشترى عبدا على انه خباز او كاتب فكان بخلافه
اخذه بكل الثمن او تركه لان هذا وصف مرغوب فيه يستحق بالشرط في العقد ثم فواته يوجب التخيير لانه
لم يرض به دونه بخلاف ما لو باع شاة على انها حامل او تحلب كذا او كذا رطلا حيث يفسد البيع لانه ليس
من قبيل الوصف وانما هو من قبيل الشرط الفاسد اذ لا يعرف ذلك حقيقة لانه يحتمل انه لبن او حمل او انتفاخ
حتى لو شرط انها حلوب او لبون لا يفسد لانه وصف ولو قال تخبز كذا صاعا او يكتب كذا قدرا يفسد لما
ذكرنا وشرطه ان يقدر على الكتابة والخبز قدر ما ينطلق عليه اسم الكاتب للكاتب والخباز وان كان لا يحسن
ذلك قدر ما ينطلق عليه الاسم فله الخيار ان شاء اخذه وان شاء رده لما قلنا وان قال البايع عند الرد
كان يحسن ذلك لكنه نسي عندك فالقول قول المشتري لان الاصل عدم الخبز والكتابة فكان الظاهر
شاهدا له ولو ابتاعه من غير ان يشترط الكتابة والخبز وكان يحسن ذلك فنسيه في يد البايع قبل التسليم
رده عليه لانه استحق تسليمه على الصفة التي ورد عليها العقد فاذا نسيه فقد تعيب المبيع قبل القبض فيرده
وعلى هذا لو اشترى جارية على انها طباخة او نحوه في جميع ما ذكرنا من الاحكام ثم في كل موضع يثبت له الخيار
فيه اذا اختار الاخذ اخذه بجميع الثمن لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن لكونها تابعة في العقد
اذ الجنس متحد ولهذا لا ينفسد به العقد ولو اختلف لفسد على ما يجيء بيانه في البيع الفاسد ان شاء الله تعالى

باب خيار الرؤية

قال من اشترى ما لم يره جاز وله ان يرده اذا رآه وان
رضي قبله وقال الشافعي لا يجوز البيع لان المبيع مجهول اذ لم يعرف منه الا الاسم فصار كما اذا لم يشر
اليه ولا الى مكانه او هو معدوم لما ذكرنا وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع ما ليس عند الانسان اي
ما ليس بحاضر عند المتبايعين مرئي للمشتري **ولنا** قوله عليه الصلاة والسلام من اشترى ما لم يره
فله الخيار اذا رآه ولان الجهالة فيه لا تفضي الى المنازعة لانه ان لم يوافقه رده فصار كجهالة الوصف في
المشاهد والغايب والمراد بالنهي عن بيع ما ليس عند الانسان ما ليس في ملكه بدليل قصة الحديث فان
حكيم بن حزام قال يا رسول الله ان الرجل يطلب مني سلعة ليست عندي فابيعها منه ثم ادخل السوق
فاستجيدها فاشتريها فاسلمها اليه فقال عليه الصلاة والسلام لا تبع ما ليس عندك واجمعنا على
انه لو باع عينا غاصبة
بغير مملوكة له لا يجوز
وان ملكها فيما بعد
فلو كان كما زعم لجاز ولو باع
عينا غايبة وكان المشتري
رآها جاز فبطل زعمه
طرده او عكسا
قبله وبطلت الرضى بالشيء
وقوله وان رضي

قبل العلم

قبل العلم باوصافه متصل بما قبله اي له الخيار اذا رآه وان كان رضي قبل ان يراه لان الخيار معلق
بالرؤية على ما رويناه فلا يثبت قبله ولان الرضى بالشيء قبل العلم باوصافه لا يتحقق فلا يعتبر قوله رضيت
قبل الرؤية بخلاف فسخه حيث يصح قبل الرؤية لكونه عقدا غير لازم فينفسخ ولذلك لا يوجب الخيار
قال ولا خيار لمن باع ما لم يره وكان ابو حنيفة رحمه الله اولا يقول له الخيار لان البيع يتم بتراضي
المتعاقدين فاذا انتفى رضا احدهما لعدم الرؤية فكذا رضا الآخر اذ لا يثبت به الملك ولا يندفع به
الا بالرضا وهو بالعلم باوصاف المبيع وذلك بالرؤية ولانه خيار يثبت لاحد المتعاقدين فوجب ان
١٦٦ يثبت للآخر اعتبارا بخيار الشرط وخيار العيب ثم رجع عنه وقال الشافعي لا يجوز بيع ما لم يره اصلا
قولا واحدا **ولنا** المرجوع اليه ان عثمان بن عفان رضي الله عنه باع ارضا بالبصرة من طلحة بن عبيد الله
فقيل لطلحة انك قد غبنت فقال لي الخيار لاني اشتريت ما لم اره وقيل لعثمان انك قد غبنت فقال
لي الخيار لاني بعت ما لم اره فحكما بينهما جبير بن مطعم فقضى بالخيار لطلحة وكان ذلك بمحضر من
الصحابة رضي الله عنهم من غير نكير فكان اجماعا ولان خيار الرؤية معلق برؤية المشتري بما رويناه
فلا يثبت دونه ولان خيار الرؤية انما يثبت للمشتري باعتبار انه يظنه خيرا مما رآه فيرده لفوات
الوصف المرغوب فيه ولو رده البايع باعتبار انه ازيد مما ظنه والخيار لا يثبت بمثله كما لو باع
عبدا على انه معيب فاذا هو سليم لا يثبت للبايع فيه الخيار **قال** ويبطل بما يبطل به خيار الشرط
اي يبطل خيار الرؤية بما يبطل به خيار الشرط من التصريح والدلالة ومراده بعد الرؤية واما قبله
فلا يسقط وان صرح به الا انه يبطل ببعض التصرفات لتعذر الفسخ على ما نبين وقال بعضهم اذا راه و
تمكن من الفسخ ولم يفسخ سقط خياره ولزم البيع وان لم يوجد منه الاجازة صريحا ولا دلالة لان
سبب هذا الخيار جهالة اوصاف المبيع بدليل انه لو رآه قبل العقد لا يكون له الخيار والجهالة تزول
بالرؤية والخيار يسقط بزوال سببه كخيار العيب يسقط بزوال العيب وكان ينبغي ان لا يملك فسخه
بعد الرؤية متصلا بها لزوال سببه الا انه ملك الفسخ لدفع الضرر عن نفسه للضرورة وهذه
الضرورة تزول بقدر ما يتمكن من الفسخ والصحيح انه مطلق غير موقت بالزمان فيكون له الفسخ
في جميع عمره ما لم يسقط بالقول او بفعل يدل على الرضا به نص عليه ابن رستم وكذا ذكره محمد في
الاصل ورد باثبات الخيار مطلقا والعبرة بالمنصوص عليه لعين النص لا للمعنى مع ان جهالة الوصف
ليست بعلة لثبوت هذا الخيار بدليل انه لم يثبت له الخيار قبل الرؤية لتعلقه بالرؤية فكذا لا يتوقت
لاطلاقه حدا على الوقت والتقييد به يكون زيادة وهو نسخ فيمتد الى ان يوجد منه ما يسقطه وهو الصحيح
ثم ان تصرف تصرفا لا يمكن رفعه كالاعتاق والتدبير او يوجب حقا للغير كالبيع المطلق والرهن
لانه لا يعود صحيحا الرضا
من غير تسليم لا يبطله قبل الرؤية
بطل الخيار والمساومة والهبة
لا يوجب حقا للغير كالبيع
لتعذر الفسخ وان كان تصرفا
الرؤية يسقط بها الخيار
هذه التصرفات قبل
او دلالة وكذا الوكالة
الرضا منه صريحا
والاجارة لوجود

ويبطله بعد الرؤية لوجود دلالة الرضا بعد العلم وكذا اذا قبضه بعد الرؤية بطل خياره لانه
يدل على الرضا ولانه مؤكد لحكم العقد فشابه العقد للبيع ولو كان البيع بشرط الخيار للمشتري فهو كالمطلق
حتى يسقط به الخيار قبل الرؤية لانه تصرف مطلق من جانبه ولو استكتب او رضا فاذن للاكثر ان يبيع
بيعها قبل الرؤية ثم رجعها بطل لان فعله باذنه كفعله **قال** وكفت رؤية وجه الصبرة و
الرقيق والدابة وكفلها وظاهر الثوب المطوي وداخل الدار لان رؤية هذه يستدل بها على المقصود
يكفي لنعت رؤية الجميع ورؤية هذه المواضع من هذه الاشياء يقع بها العلم بالمقصود ولا معنى لا
شتراط رؤية غيرها ولو دخل في البيع اشياء فان كان لا يتفاوت آحاده كالمكيل والموزون وعلامته ان
يعرض بالنموذج يكتفي برؤية بعضه لجريان العادة بالاكتفاء بالبعض في الجنس الواحد ولوقوع العلم
به بالباقي الا اذا كان الباقي اردى فيكون له الخيار فيه وفيما رآه كيلا يلزم تفريق الصفقة قبل التمام
لان مع الخيار لا يتم وان كان آحاده تتفاوت وهو الذي لا يباع بالنموذج كالثياب والدواب والعبيد
فلا بد من رؤية كل واحد من افراده لانه برؤية بعضها لا يقع العلم بالباقي للتفاوت والجوز والبيض
من هذا القسم فيما ذكره الكرخي لتفاوت آحاده فلا يستدل برؤية بعضه على غيره من جنسه وقال
صاحب الهداية ينبغي ان يكون مثل الحنطة والشعير لكونها متقاربة فاذا ثبت هذا فقول النظر الى وجه
الصبرة كاف لانه يعرف به وصف الباقي لما ذكرنا وكذا النظر الى ظاهر الثوب مطويا مما يعلم البقية الا
اذا كان في طيه ما يكون مقصودا كموضع العلم لان قيمته تختلف باختلافه وقال زفر لا يكتفي برؤية ظاهر
الثوب ولا بد من نشره كله لانه ليس من ذوات الامثال فما يعرف كله برؤية بعضه **قلنا** قل ما يتفاوت
جوانب ثوب واحد فيمكن الاستدلال بالبعض على البعض منه والوجه هو المقصود من الآدمي ولهذا
تتفاوت قيم الرقيق بتفاوته وساير الجسد تبع له وهو الكفل من الدواب فلا بد من رؤيتهما وشرط
بعضهم مع ذلك رؤية القوائم وعند محمد رحمه الله رؤية الوجه كاف كالآدمي وفي شاة اللحم لا بد من الجس
لانه به يظهر السمن والهزال ويعرف به كثرة اللحم وقلته وفي شاة القنية لا بد من معرفة ضرعها وفيما
يطعم لا بد من الذوق وفيما يشم لا بد من الشم وفي ذوق الغاريب لا بد من سماع صوتها لان العلم بالشيء
يقع باستعمال آلة دركه فلا يسقط خياره حتى يدركه وجعل في المختصر رؤية خارج الدار كرؤيتها كلها
لانه يستدل به على الباقي وفي عامة الروايات اذا راى صحن الدار يسقط خياره لما ذكرنا خارجها وقال زفر
رحمه الله لا بد من رؤية داخل البيوت وهو الاصح لان بيوتها تتفاوت بالشتوية والصيفية والعلوية والسفلية
ومرافقها ومطابخها وسطوحها تختلف فلا بد من رؤية ذلك كله في الاظهر لان كلا منها مقصود
فالنظر الى الخارج او الى الصحن لا يوقع العلم بهذه الاشياء وما ذكره في الكتاب مبني على عادة اهل الكوفة
وفي ذلك الزمان فان دورهم
كانت على تقطيع واحد
ولم تختلف الا في الكبر والصغر
وفي كونها جديدة او عتيقة
وذلك يظهر برؤية بعضها
فاكتفى به لذلك واما اليوم
فبخلافه فلا يكتفي به

ورؤية

ورؤية اشجار البستان يكتفي بها لوقوع العلم بها واما اليوم فبخلافه لو راى دهنا في قارورة
من خارجها لا يبطل خياره في المروي عن ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعن محمد رحمه الله انه يبطل
قال ونظر وكيله بالقبض كنظره لا نظر رسوله وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يكون نظره
كنظره حتى لا يسقط خيار الموكل بقبضه لانه توكيل بالقبض دون اسقاط الخيار فلا يملك ما لم يتوكل
به وصار كخيار العيب والشرط فانه لا يقدر على اسقاطهما فكذا هذا واقرب منه انه لا يقدر على اسقاطه
قصدا بان قبضه مستورا فاسقط الخيار بعده او كان رآه من قبل فان خيار الموكل لا يسقط
به فكذا ضمنا بالقبض لما ذكرنا ولابي حنيفة رحمه الله انه وكله بالقبض واقامه مقام نفسه فيه والقبض
على نوعين قبض تام وهو ان يقبضه وهو يراه وناقص وهو ان يقبضه مستورا لانه اذا قبضه ١٦٧
مستورا فالخيار باق على حاله حتى يراه ولا يتم الصفقة مع بقاء الخيار فكان ناقصا والموكل يملكه
بنوعيه فكذا الوكيل لاطلاق التوكيل واذا قبضه مستورا انتهت الوكالة بالقبض الناقص فلا يملك
اسقاطه قصدا بعد ذلك لكونه اجنبيا بعد انتهاء الوكالة وهذا لانه يملك القبض والقبض يتضمن
السقوط لكونه كاملا ضرورة فاذا انفصل السقوط عن القبض بان كان بعده قصدا او قبله بالرؤية
لا يملكه اذا لم يوكله الا بالقبض وهذا بخلاف خيار العيب لانه لا يمنع تمام الصفقة فلا يتنوع القبض
معه وبخلاف خيار الشرط لا يسقط بقبض الموكل فلا يتصور فيه القبض التام فكذا بقبض الوكيل وبخلاف
الرسول لانه لا يملك شيئا وانما اليه تبليغ الرسالة ولهذا لا يملك القبض والتسليم اذا كان رسولا في الشراء
او البيع والفرق بين التوكيل والارسال ان يقول في التوكيل كن وكيلي في القبض وفي الارسال
كن رسولي فيه او امرتك بقبضه وقوله ونظر وكيله بالقبض احتراز عن الوكيل بالشراء فان نظره
بالاجماع كنظر الموكل فقيده بالقبض لما فيه من الاختلاف ولم يقيد الرسول به لان نظره لا يكون
كنظر الموكل ~~فقيده بالقبض لما فيه الاختلاف~~ مطلقا سواء كان الرسول بالقبض او الشراء
قال وصح عقد الاعمى ويسقط خياره اذا اشتراه بجس المبيع وشمه وذوقه وفي العقار بوصفه
اما صحة عقده فلانه مكلف محتاج فصار كالبصير واما سقوط خياره بما ذكره فلان هذه الاشياء تفيد
العلم لمن استعملها على ما ينبغي كالبصير وقوله يسقط خياره بجس المبيع الى آخره محمول على ما اذا وجد
الجس منه قبل الشراء واما اذا اشتراه قبل ان يجس لا يسقط خياره به بل يثبت باتفاق الروايات لما
روينا ويمتد الى ان يوجد منه ما يدل على الرضا من قول او فعل في الصحيح والاكتفاء بالوصف
في العقار لانه لا سبيل له الى معرفته الا به والوصف قد يقام مقام الرؤية في حق البصير كما في السلم
حتى لا يكون له خيار الرؤية بعد ما وصف له فكذا في حقه وعن ابي يوسف رحمه الله انه اشترط مع ذلك
ان يوقف في مكانه
لو كان بصيرا لرآه لان التشبه
يقام مقام الحقيقة عند العجز
كتحريك الشفتين اقيم مقام
القراءة في حق الاخرس في الصلاة
واجراء الموسى على راس المحرم
او العمرة عند التحلل وقال
الحسن رضي الله عنه

بوكل وكيلاً يقبضه له وهو يراه وهو اشبه بقول ابي حنيفة رحمه الله لان رؤية الوكيل به كرؤية الموكل

عنه وقال بعض ائمة بلخ يشترط مس الحيطان والاشجار مع الوصف وان ابصر بعد الوصف وبعد ما

وجد منه ما يدل على الرضا فلا خيار له لان العقد تم به وانبرم فلا ينتقض بعد ذلك الا برضاهما ولان خيارة

قد سقط به فلا يعود ولو اشترى البصير ثم عمي قبل الرؤية انتقل الى الوصف لوجود العجز قبل

العلم به **قال** ومن رأى احد الثوبين فاشتراهما ثم رأى الآخر له ردهما لان رؤية احدهما

لا تغني عن رؤية الآخر للتفاوت فبقي خياره فيما لم يره ثم لا يرده وحده بل يردهما ليس له ان يرده وحده كي لا يكون تفريقاً للصفقة قبل التمام وهذا لان الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية

عليه الصلاة والسلام عن تفريق الصفقة فيردهما جميعاً ضرورة ولا يقال خياره ثبت بالنص فيما

لم يره وفي معنى الفسخ فيه وحده ابطال له فكان باطلاً لانا نقول نحن لا نمنع خيار الفسخ فيه وانما نقول

اذا اختار الفسخ فسخ فيه وفي الآخر احترازاً عن التفريق فكان فيه عمل بموجبه وفيه جمع بين الحديثين

لان الذي لم يره يرده بالحديث الاول والذي رآه بالثاني لما ان الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية

قبل القبض وبعده لخلل في الرضا بالعقد وهو الصفقة كما لا تتم بالايجاب وحده لعدم رضاء

الآخر بالصفقة وكذا لا تتم مع خيار العيب قبل القبض لان العقد غير لازم قبل القبض اذ لا يفيد ملك

التصرف وليس له ان يفرق في القبض كما لا يفرق في القبول وبعد القبض لا يمنع تمام الصفقة لانها

تم رضيا بالعقد على تقدير السلامة وهي ثابتة ظاهراً فلزم وتم ولهذا افاد العقد فيه ملك الرقبة و

التصرف ولو كان في رضاهما خلل لما افاد تحققه ان خيار العيب ثبت لفوات بعض اوصاف المبيع

فوات بعض المبيع نفسه لا يمنع تمام الصفقة بعد القبض حتى يملك التصرف فيه فهذا اولى فلو التفريق

بعد ذلك لا يضر لانه تفريق في الفسخ اذ لم يبق بعد تمامه الا الفسخ ولهذا لا يملك احدهما الفسخ به بعد

القبض بل ينفسخ بقضاء القاضي او بالتراضي ولو كان يمنع التمام لملكه كما في خيار الشرط والرؤية ولصاحبه

نظيره القبول في الانفراد كما صار نظيره فيه **قال** ولا يورث كخيار الشرط اي لا يورث خيار الرؤية

كما لا يورث خيار الشرط لان الخيار ثبت بالنص للعاقد والوارث ليس بعاقد فلا يثبت له ولان الخيار

وصف له فلا يجري فيه الارث على ما بينا **قال** ومن اشترى ما قد رآه خبر ان تغير والا فلا اي

ان لم تتغير لا يخير لان العلم بالمبيع قد حصل بالرؤية الاولى وقد رضي به ما دام على تلك الصفة الا اذا

لم يعلم عند العقد انه كان قد رآه من قبل فحينئذ يثبت له الخيار لعدم رضاه لان الرضا بدون العلم به

لا يتصور وانما يخير اذا وجده متغيراً لان تلك الرؤية لم تقع معلمة باوصاف المبيع فصار كانه

لم يره وان اختلفا في التغير فالقول قول البايع مع يمينه لان الظاهر يشهد له اذ الاصل عدمه الا اذا بعدت المدة لان الظاهر

كان كذا سبب اللزوم قد ظهر فلا يصدق في دعواه التغير الا ببينة

ولو اشترى ثوباً او وهب ورد بعيب

فالقول قوله مع يمينه

القول قول المشتري لانها

اي لو اختلفا في الرؤية كان

القول قول المشتري

وللمشتري لتوقف الرؤية

متى قال بعد مدة

والمشتري ينكره

اشتراه وباع منه

ان النابه يكون

فيطول الزمان

لا خيار رؤية او شرط لان الرد قد تعذر فيما خرج عن ملكه ولا يمكنه ان يرد الباقي بخيار الرؤية و

الشرط سواء كان قبل القبض او بعده لما فيه من تفريق الصفقة قبل التمام لان هذين يمنعان تمام الصفقة

على ما ذكرنا وفي خيار العيب يملك التفريق بعد القبض على ما بيناه وفيه وضع المسئلة فلو عاد اليه

بسبب هو فسخ فهو على خيار الرؤية لارتفاع المانع من الرد وهو تفريق الصفقة كذا ذكره شمس

الائمة رحمه الله وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يعود لان الساقط لا يعود فصار كخيار الشرط وعليه اعتمد

القدوري رحمه الله بخلاف ما اذا وهب عبده المديون ثم له الدين او عتق الجاني من ولي الجناية حيث

سقط الدين والجناية عليه ثم رجع في الهبة حيث يعود ان عند ابي يوسف خلافاً لمحمد والعذر لابي

يوسف ان حق خيار الرؤية اضعف منهما

باب خيار العيب

وهو ما

تخلو عنه اصل الفطرة السليمة **قال** ومن وجد بالمبيع عيباً اخذه بكل الثمن او رده لان مطلق

العقد يقتضي السلامة من العيب فكانت السلامة كالمشروطة في العقد صريحاً لكونها مطلوبة عادة فعند

فواتها يتخير كيلا يتضرر بالزام ما لا يرضى به كما اذا فات الوصف المرغوب فيه المشروط في

العقد كمن اشترى عبداً على انه خباز وخفه فوجده بخلاف ذلك ويكون السلامة كالمشروطة في

العقد لا يحل له ان يبيع المبيع المعيب حتى يبين عيبه لقوله عليه الصلاة والسلام لا يحل لمسلم باع من

اخيه بيعاً وفيه عيب الا بينه له رواه ابن ماجة واحمد بمعناه ومر عليه الصلاة والسلام برجل يبيع

طعاماً فادخل يده فيه فاذا هو مبلولة فقال من غشنا فليس منا رواه مسلم وغيره وكتب عليه

الصلاة والسلام كتاباً بعدما باع فقال فيه هذا ما اشترى العداء بن خالد بن هوذة من محمد رسول

الله صلى الله عليه وسلم اشترى منه عبداً او امة لا داء ولا غائلة ولا خبثة بيع المسلم للمسلم رواه

ابن ماجة والترمذي فاذا اختار الاخذ اخذه بجميع الثمن ولا ينقص من الثمن شيئاً لان الاوصاف

لا يقابلها شيء من الثمن بالعقد لكونها تبعاً فلا يكون اصلاً ولا منه احماله بخلاف ما اذا صارت مقصودة

بالاتلاف بان حدث العيب بفعل البايع بعد البيع قبل القبض حيث يسقط من الثمن حصته اذا اختار

الاخذ لان الاوصاف يكون لها حصة بالاتلاف قصداً والمراد به عيب كان عند البايع وقبضه المشتري

من غير ان يعلم به ولم يوجد من المشتري ما يدل على الرضا به بعد العلم بالعيب **قال** وما اوجب

نقصان الثمن عند التجار عيب لان التضرر بنقصان المالية وذلك بانتقاص القيمة والمرجع في

معرفته عرف اهله **قال** كالاباق والبول في الفراش والسرقة لانها توجب نقصان القيمة

عندهم ثم اذا وجد شيء من هذه الاشياء من صغير غير مميز لا يكون عيباً وان كان مميزاً يكون

عيباً ويزول بالبلوغ وان عاوده بعد البلوغ يكون عيباً حادثاً غير الاول لان زوال البلوغ فيكونان

قبل البلوغ ثم وجد عند المشتري

لو وجد شيء منها عند البايع

وهما بعده تجب في الباطن

والسرقة قبل البلوغ لقلة المبالاة

والاباق قبل البلوغ لحب اللعب

المثانة وبعده لداء في الباطن

قبل البلوغ لضعف في

بسببهما فان البول

مختلفين لاختلاف

بعد البلوغ ليس له ان يرده لزوال الاول بالبلوغ ولو وجد عند البايع قبل البلوغ ووجد عند المشتري
ايضا قبل البلوغ يرده به ما لم يبلغ لاتحاد السبب وكذا اذا وجد عند البايع بعد البلوغ وعند المشتري ايضا
بعد البلوغ يرده لما ذكرنا والسرقة لا تختلف بين ان يكون من المولى او من غيره الا اذا سرق من المولى
شيا للاكل فانه لا يكون عيبا فان النقصان جا من المولى حيث احوجه اليه وان سرق من المولى طعاما
ليبيعه يكون عيبا لانه لا ياتمنه في حفظ ماله ولو سرق الشي اليسير نحو الفلس والفلسين لا يكون عيبا
ولو نقب البيت يكون عيبا وان لم ياخذ منه وفي الاباق اذا خرج من البلد يكون عيبا بالاتفاق ان
ابق من المولى او من رجل كان عنده باجارة او عارية او وديعة بخلاف ما اذا ابق من الغاصب الي
المولى او الي غيره ان لم يعرف له او لم يقو على الرجوع اليه وان لم يخرج منه اختلفوا فيه والاشبه ان
يقال ان كانت البلدة كبيرة مثل القاهرة يكون عيبا وان كانت صغيرة بحيث لا تخفى عليه اهلها
او بيوتها لا يكون عيبا قال والجنون لما ذكرنا وهو فساد في الباطن لان العقل معدنه
القلب وشعاعه في الدماغ والجنون انقطاع ذلك الشعاع وهو لا يختلف باختلاف السن
حتى لو وجد عند البايع في صغره وعاوده عند المشتري اذا ثبت انه كان به جنون عند البا
يع يرده وان لم يعاوده في يد المشتري لانه قل ما يزول والصحيح انه لا يرده حتى يعاوده
عنده لان الله تعالى قادر على ازالته فلا بد من المعاودة ومقداره ان يكون اكثر من يوم
وليلة وما دونه لا يكون عيبا وقال بعضهم المطبق عيب وما دونه لا يكون عيبا قال
والبخر والدفر والزنا عيب وولد الزنا في الجارية يعني هذه الاربعة تكون عيبا في الجارية
دون الغلام لانه تخل بالمقصود فيها وهو الاستفراش وطلب الولد لا في الغلام لان
المطلوب منه الاستخدام وهذه الاشيا لا تخل به لانه يستخدمه على بعد وكونه ادفرا وابخر
او زانيا او ولد زنا لا يمنعه منه الا ان يكونن فاحشا بحيث يمنع القرب من المولى او يكون الزنا
عادة له لان الفاحش من البخر والدفر يكون من داء وهو عيب واتباع النسا يشغله عن الخدمة
وذلك بان يتكرر منه الزنا اكثر من مرتين والعيوب كلها لا بد من المعاودة عند المشتري
حتى يرده الا الزنا في الجارية فانه روي عن محمد رحمه الله في الامالي لو اشترى جارية بالغة وقد
كانت زنت عند البايع فللمشتري ان يردها وان لم تزن عنده للحوق العار بالاولاد وفي
نوادر بشر عن ابي يوسف في رجل اشترى جارية فابقت عنده ثم وجدها واستحقها مستحق
ببينة فعيب الاباق لازم لها ابدا وهذا نص على ان الاباق ايضا لا يشترط معاودته فعلى
هذا يرجع المستحق بنقصان العيب عليه وان لم يعاودها عنده وكذا من اشترى منه
الا من اشتراه ... يردها عليه من غير معاودة عنده والاول هو الظاهر وقد ذكرنا وجوه
وقال الشافعي بعدم الزنا في الغلام عيب كالسرقة قلنا لا ينقص قيمته بالزنا ولا يعد عيبا عادة الا اذا كثر منه بخلاف السرقة فان المولى يشق عليه

حفظ ماله عنه وكذا احدته اعظم وهو قطع اليد من حد الزنا وهو الجلد قال والكفر
يعني في الجارية والغلام لانه تعقد عن كفارة القتل فتختل الرغبة فيه ولو اشتراه على انه كافر فوجده
مسلما لا يرده لانه زوال العيب وقال الشافعي رحمه الله يرده لفوات الوصف المرغوب فيه
لان استعباد الكافر واد لانه مطلوب المسلم والحجة عليه ما ذكرناه قال وعدم
الحيض والاستحاضة لان ارتفاعه واستمراره الدم امارة الداء وهذا لان الحيض
مركب في بنات آدم فان لم تحض فالظاهر انه لداء فيها فذلك الداء هو العيب وكذا
الاستحاضة لداء فيها ولا يسمع دعواه بانه ارتفع الا اذا ذكر سببه وهو الداء او الحبل
١٦٩ فما لم يذكر احدهما لا تسمع دعواه ويعتبر في الارتفاع اقصى غاية البلوغ وهو سبع عشرة سنة
عند ابي حنيفة رضي الله عنه ويعرف ذلك بقول الامة لانه لا يعرفه غيرها ويستحلف البايع
مع ذلك ان كان بعد القبض فيرد بنكوله وان كان قبله فكذلك في الصحيح وعن ابي يوسف
يرد بلا يمين البايع لضعف البيع قبل القبض حتى يملك المشتري الرد بلا قضا ولا رضا
وصح الفسخ للعقد الضعيف بحجة ضعيفة قالوا في ظاهر الرواية لا يقبل قول الامة فيه ذكره
في الكافي ولو ادعى انقطاعه في مدة قصيرة لا يسمع دعواه وفي المديدة يسمع دعواه واقلها
ثلاثة اشهر عند ابي يوسف واربعة اشهر وعشرا عند محمد وعن ابي حنيفة وزفر انها
سنتان وجملة الامر فيه انه اذا ادعى انقطاعه واحسن دعواه على ما ذكرنا يسال القاضي
البايع فان اقر بما ادعاه المشتري ردها على البايع وان انكر قيام العيب للحال وهو الانقطاع
لا يحلف عند ابي حنيفة رحمه الله على ما يجي ان شاء الله تعالى وان اقر بقيامه في الحال وانكر
انه كان عنده يحلف فان حلف برئ وان نكل رد عليه وان اقام المشتري البينة على ان
الانقطاع كان عند البايع قال في الكافي لا يقبل لانهم لا يعرفون انقطاعه فيتيقن القاضي
بكذبهم بخلاف ما اذا شهدوا انها مستحاضة لان استحاضة درور الدم فيطلع عليه وذكر في النهاية
معزيا الى فتاوي الفضيلي ان المرجع في الحبل الي قول النسا وفي الداء الي قول الاطبا واشترط
لثبوت العيب فيها قول عدلين منهم وقال بخلاف ما لم يطلع عليه الرجال حيث يثبت بقول امراة
واحدة ثم ذكر بعده مثل ما ذكر في الكافي وعزاه الى الفوايد الظهيرية ثم اذا ثبت العيب بقول المراة
يحلف البايع على انه لم يكن عنده لان المشتري لا يرده بعيب حادث وانما يرده بعيب كان عند البايع فلا
بد من اليمين قال والسعال القديم لان دوامه يدل على الداء وينقص بسببه قيمته قال
والدين لان ماليته تكون مشغولة به ويتقدم الغرما على المولى قال والشعر والماء في العين
لانه ضعف بصره ... بالرد ... بالبايع ... الابعاض البايع ... بالنقصان وليس له ان ... عند البايع فلذلك يرجع ... بعيب واطلع على عيب كان ... اذا لو وجد عند المشتري ... يرجع البايع اي لو وجد ... المشتري يرجع بنقصانه ولو وجد اخر عند ... يعني ان العين ... لانها تضعف البصر

سالما عن العيب الثاني ولا بد من دفع الضرر عنهما فتعين الرجوع بالنقصان الا ان يرضى البايع باخذه
خذه لانه رضي بالتزام الضرر فيتخير المشتري حينئذ ان شاء رده وان شاء رضي به وليس له ان يرجع
بالنقصان بعد ما رضي البايع به لزوال الموجب لذلك وهو امتناعه من اخذه بخلاف ما اذا خاط
الثوب قميصا ثم اطلع على عيب حيث يرجع عليه بالنقصان وليس له ان ياخذ الثوب لان امتناع الرد
هناك لحق الشرع كيلا يلزم الربا فلا يقدر على اسقاطه وهنا امتنع لحق البايع فيسقط باسقاطه
ولا يقال ان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن فكيف يرجع عليه بالنقصان لانا نقول اذا صارت
مقصودة باحد الامرين اما بالاتلاف حقيقة كما اذا قطع يده قبل القبض فانه يسقط من الثمن
بقدره وهو النصف واما بالمنع حكما اذا امتنع الرد لحقه او لحق الشارع بان نقص او زاد لان الجزء
الفايت صار حقا للمشتري بالعقد ووجب عليه تسليمه فاذا عجز صار مانعا لذلك الجزء حكما فيرد
عليه المبيع ان امكن دفعا للضرر عنه ولا يرجع عليه بالنقصان لاندفاع الضرر به وان لم يمكن رجع
عليه بحصته من الثمن وصار له حصة من الثمن لكونه مقصودا بالمنع حكما فاعتبر الحكمي للضرورة
عند تعذر دفع الضرر عنه بغيره وطريق معرفته ان يقوم وبه العيب ثم يقوم وهو سالم
فاذا عرف التفاوت بين القيمتين يرجع عليه بحصته من الثمن حتى اذا كان عشر القيمة مثلا رجع
عليه بعشر الثمن وان كان ثلثا فبثلثه وقال مالك يرد المشتري المبيع ويرد معه نقصان
العيب الحادث عنده لان رد البدل عند تعذر رد المبدل كرده فصار راد الكل المبيع فيرجع عليه
بكل الثمن ولنا ان حق الرد ثبت للمشتري ليدفع به الضرر عن نفسه على وجه لا يتضرر به البايع
وبعد ما تعيب عنده لو رد لتضرر به البايع لانه خرج عن ملكه سليما عن العيب الحادث عنده ثم
يعود اليه معيبا به فلا يلزمه وضرر المشتري امكن دفعه بالرجوع عليه بحصته من الثمن فلا
يصار اليه اصلا ثم لو رضي البايع باخذ المبيع بعيبه فقد التزم الضرر باختياره وليس
له ان يرجع على المشتري كما لا يرجع المشتري بشيء على البايع اذا رضي باخذ المعيب ولا يقال
مراعاة حق المشتري اولى عند تعارض الحقين لان البايع قد دلس عليه وصار مغرورا
من جهته فيترجح مراعاة حقه لذلك لانا نقول ذلك معصية منه والمعصية لا تنافي عصمة
مال العاصي الا ترى ان من غصب ثوبا فخاطه او صبغه لا يسقط عصمة صنعته قال ومن
اشترى ثوبا فقطعه فوجد به عيبا رجع بالعيب لان القطع عيب حادث وقد بينا انه يمنع الرد
ويوجب الرجوع بالنقصان بخلاف ما اذا اشترى بعيرا فنحره فوجد امعاءه فاسدة حيث لا يرجع
بالنقصان عند ابي حنيفة رحمه الله والفرق له ان النحر اتلاف للمالية لانه يصير به عرضة للنتن
والفساد ولهذا لا يقطع السارق
بسرقته فاختل قيام ماليته
بفعله فصار كالاتلاف كما اذا كان
عبدا فقتله او طعاما فاكله
قال وان قبله البايع
كذلك له ذلك لان الامتناع
لحقه وقد رضي به

بخلاف ما اذا كان الامتناع لزيادة فيه حيث لا يكون له اخذه لان الامتناع لحق الشرع على ما بينا
قال وان باعه المشتري لم يرجع بشيء لانه صار حابسا له بالبيع اذ الرد غير ممتنع بالقطع
برضى البايع على ما بينا فكان مفوتا للرد بخلاف ما اذا خاطه ثم باعه حيث لا يبطل الرجوع بالنقصان
لانه لم يصر حابسا له بالبيع لامتناع الرد قبله بالخياطة من غير علمه بالعيب وبيعه بعد امتناع الرد
لا ينافيه له قال فلو قطعه وخاطه او صبغه او لت السويق بسمن فاطلع على عيب رجع بنقصانه
كما لو باعه بعد روية العيب يعني باعه في هذه الصور وانما يرجع بالنقصان لتعذر الرد بسبب الزيادة
اذ الفسخ في الاصل بدون الزيادة لا يمكن لانها لا تنفك عنه ومع الزيادة ايضا لا يمكن لان العقد لم يرد
عليها فكيف يرد الفسخ اذ هو لا يرد الا على عين ما ورد عليه العقد والا لما كان فسخا ولو اخذه لكان ربا ايضا
على ما بيناه فاذا امتنع الرد بسبب الزيادة لا تاثير للبيع للامتناع قبلها فلا يصير به حابسا بخلاف القطع
من غير خياطة على ما ذكرنا وبخلاف ما اذا زاد المبيع زيادة متصلة كالسمن والجمال حيث لا تمنع الرد
بالعيب في ظاهر الرواية ويصير بالبيع بعدها حابسا له لان الزيادة في مثلها تبع محض لكونها وصفا
فلا يمنع الفسخ وحاصله ان الزيادة نوعان متصلة ومنفصلة فالمتصلة ضربان متولدة من الاصل
كالجمال وغير متولدة منه كالصبغ وقد ذكرنا حكمهما والمنفصلة ايضا نوعان متولدة من
المبيع كالولد والثمر واللبن ونحو ذلك فانه يمنع الرد لانه لا وجه الى الفسخ فيها مقصودا لان
العقد لم يرد عليها ولا تبعا لانفصالها ولا الى الفسخ في الاصل وحده بدون الزيادة لانه يؤدي الى
الربا لان المشتري اذا رد المبيع واخذ الثمن تبقى الزيادة في ملكه بلا عوض والنوع الثاني من هذا النوع
زيادة غير متولدة من الاصل كالكسب فانه لا يمنع الرد بالعيب والفسخ فاذا فسخ يسلم للمشتري مجانا
لانه ليس بمبيع بحالة ما لانه متولد من المنافع والمنافع ليست بجزء للعين ولهذا لا يتبع الكسب الكاسب
في الحرية والكتابة والتدبير والاستيلاد حتى لا تكون اكسابهم مثلهم ولا يلزم من حصولها للمشتري
ان يكون مجانا لانه ليس بجزء للمبيع فلم يملكه بالثمن وانما ملكه بالضمان وبمثله يطيب الربح لما روي
انه عليه الصلاة والسلام قضى ان الخراج بالضمان رواه مسلم والبخاري وغيرهما وفي رواية ان رجلا
ابتاع غلاما فاستغله ثم وجد به عيبا فرده بالعيب فقال البايع غلة عبدي فقال النبي عليه السلام
الغلة بالضمان رواه احمد وابو داود وابن ماجة فاذا ثبت هذا فنقول ان كل موضع يكون المبيع قايما
فيه على ملك المشتري ويمكنه الرد برضا البايع فاخراجه عن ملكه يمنع الرجوع بالنقصان لكونه مفوتا
له وكل موضع يكون المبيع قايما فيه ولا يمكنه الرد وان رضي به البايع فاخراجه عن ملكه لا يمنع الرجوع
بنقصان العيب لانه لم يصر مفوتا بالاخراج بل كان ممتنعا قبله ولهذا قلنا ان من اشترى ثوبا
فقطعه لباسا لولده
الصغير وخاطه ثم وجد
به عيبا لا يرجع بنقصان
العيب لانه صار مملكا له
بالقطع قبل الخياطة وقت
امتناع الرد ولو كان
الولد كبيرا رجع بالنقصان
لانه لم يصر مملكا له
بالقطع قبل الخياطة
الا بالقبض اذ لا ولاية
له عليه فحصلت الخياطة

من غير علم بالعيب في ملك الاب فامتنع الرد به ثم حصل التمليك بعد ذلك بالتسليم فلا يمنع الرجوع
لنقصان **قال** او مات العبد او اعتقه اي المخالطة ونحوها لا يمنع الرجوع بالنقصان العيب كما
لا يمنع البيع بعد الزيادة على ما تقدم كما لا يمنع موت العبد واعتاقه اما الموت فانما لا يمنع فلان الملك
ينتهي به لان الملك في محل الحياة يثبت باعتبارها فينتهي بانتهائها وامتناع رده على البائع حكمي لا بفعل
من المشتري فلا يمنع الرجوع بالنقصان واما الاعتاق فالمراد به اعتاق وجد منه قبل العلم بالعيب
وان اعتقه بعد العلم به فلا يرجع بالنقصان لان اقدامه على الاعتاق يدل على رضاه به والقياس فيه
ان لا يرجع بالنقصان وان كان قبل العلم بالعيب وهو قول الشافعي رضي الله عنه لان امتناع الرد بفعله
فصار كالقتل وجه الاستحسان ان الاعتاق انهاء للملك لان الملك في الآدمي يثبت على منافاة
الدليل الى غاية العتق والشيء ينتهي بمضي مدته والمنتهي متقرر في نفسه فيجعل كان الملك فيه
باق وتعذر رده ولهذا ثبت الولاء له بالعتق وهو من آثار الملك فبقاؤه كبقاء الملك والتدبير
والاستيلاد كالاعتاق لتعذر الرد فيهما بالامر الحكمي مع بقاء الملك حقيقة ولو اعتقه على مال لم
يرجع بشيء لانه حبس بدله وهو كحبس المبدل وعن ابي حنيفة رضي الله عنه انه يرجع لان انهاء للملك
وان كان بعوض ولان العوض والمعوض بملكه فكان العتق بلا عوض والكتابة مثل الاعتاق على
مال لحصول العوض فيها كالبيع وان عجز المكاتب ينبغي ان يرده بالعيب لزوال المانع وهذا
كما قلنا اذا ابق العبد المبيع ثم اطلع على عيب لا يرجع بالنقصان لان الرجوع خلف عن الرد فلا يصار
الى الخلف ما دام حيا لان رجوعه موهوم ~~بالنقصان~~ فيمكن رده فاذا رجع رده لزوال المانع ولو
اشترى المكاتب اباه او ابنه ثم اطلع على عيب لا يرده لانه يكاتب عليه فلا يتمكن من اخراجه عن ملكه
ولا يرجع بالنقصان لانه خلف عن الرد ولم يقع الياس عنه بخلاف التدبير والاستيلاد ولو عجز
المكاتب يرده مولاه ويتولاه العبد لانه هو الذي اشتراه فكان حقوقه اليه ~~كالتدبير~~ كما لو
اشترى عبدا ثم عجز واطلع المولى على ان بالعبد عيبا فانه يرده ويتولاه المكاتب لانه هو العاقد
قال فان اعتقه على مال او قتله او كان طعاما فاكله او بعضه لم يرجع بشيء **اما العتق**
على مال فقد ذكرناه واما القتل فلان الرد امتنع بفعله وهو مضمون عليه وانما سقط الضمان عنه
باعتبار انه ملكه فصار منتفعا بهذا الملك من حيث انه دفع الضمان عن نفسه فصار كانه يسلم له
الضمان معنى الا ترى انه لو لم يكن له ملكا له لوجب عليه ضمانه وعن ابي يوسف انه يرجع بالنقصان
لان قتل المولى عبده لا يتعلق به حكم دنيوي فصار كالموت حتف انفه فيكون انهاء للملك وجوابه
ما ذكرناه وهذا الخلاف ما اذا صبغ الثوب او فعل نحوه حيث يرجع بالنقصان مع امتناع الرد
في المبيع

[illegible] بسبب زيادة [illegible] لحق التعدي [illegible] او عتق فاع على ماله [illegible] حصل له عوض فلم يوجد ما يمنع الرجوع فصار نظير الاستيلاد والتدبير والاعتاق واما اكل الطعام فالمذكور هنا قول ابو حنيفة والقياس ان يرجع بالنقصان وهو قولهما لانه فعل

ما يقصد بشرائه ويعتاد فعله فيه فاشبه الاعتاق وجه الاستحسان ان الرد قد تعذر بفعل
مضمون منه وانما سقط الضمان عنه باعتبار انه ملكه فصار كالاحراق بالنار وقتل العبد وكونه مقصودا
لا ينافي ضمانه الا ترى ان البيع مقصود بالشراء ومع ذلك يمنع منه والاصل في جنس هذه المسائل
ان الرد متى امتنع بفعل مضمون من المشتري كالقتل والتمليك من غيره امتنع الرجوع بالنقصان
ومتى امتنع لا من جهته او من جهته بفعل غير مضمون منه كالهلاك بآفة سماوية او انتقص او
ازداد زيادة مانعة من الرد او الاعتاق او توابعه كالتدبير والاستيلاد لا يمنع من الرجوع با
لنقصان وان اكل بعض الطعام فكذا الجواب عنده وليس له ان يرد الباقي ولا ان يرجع بنقصانه
لانه كشيء واحد فلا يرده بعضه دون بعض كما اذا باع البعض وعندهما يرجع بنقصان العيب
في الكل وليس له ان يرد الباقي لان الطعام كشيء واحد يتعيب بالتبعيض واكل الكل لا يمنع
الرجوع فالبعض اولى وعنهما انه يرد الباقي ويرجع بنقصان ما اكل لان التبعيض لا يضره وان
باع بعضه ثم اطلع على عيب لا يرجع بالنقصان لان في المزال عن ملكه ولا في الباقي لان امتناع الرد بفعله
وهو مضمون عليه وعند زفر يرجع بنقصان الباقي **قال** ولو اشترى بيضا او قثاء او
جوزا او وجده فاسدا ينتفع به رجع بنقصان العيب لان الكسر عيب حادث الا اذا رضي به البائع
لانه اسقط حقه وقال الشافعي اذا كسر منه مقدار ما لا بد له منه للعلم بالعيب يرده لان البائع
سلطه عليه فكانه فعله بنفسه **قلنا** رضي بكسره في ملك المشتري لا في ملك نفسه فيجب رعاية حقهما
بالرجوع بنقصان العيب على ما بينا من قبل فصار كما لو اشترى ثوبا فقطعه ثم اطلع على عيب ولو
علم بعيبه قبل الكسر رده لامكانه **قال** وان لم ينتفع به رجع بكل الثمن اي ان لم ينتفع به رجع بكل الثمن لانه
ليس بمال فكان البيع باطلا قالوا هذا يستقيم في البيض لانه لا قيمة لقشره وكذا في الجوز اذا لم يكن
لقشره قيمة واما اذا كان لقشره قيمة بان كان في موضع يوقد بقشره كما في مواضع الزجاجين فقيل
يرجع بحصة اللب ويصح البيع في القشر بحصته لانه مال متقوم محلا للبيع وقيل يرد القشر ويرجع
بكل الثمن لان مالية الجوز باعتبار اللب دون القشر فاذا لم ينتفع بلبه فات محل البيع فكان باطلا
وان كان لقشره قيمة هذا اذا ذاقه فتركه فان تناول منه شيئا بعد ما ذاقه فلا يرجع بشيء عليه لانه صار
راضيا بالعيب وينبغي ان يكون على الخلاف الذي ذكرناه في الطعام هذا اذا كسره من غير علم به ولو كسره
بعد العلم به لا يرده ولا يرجع بالنقصان لان كسره بعد العلم به دليل الرضا وقالوا هذا اذا وجد
خاويا وان كان فيه قليل لب يصلح لشيء يأكله الفقراء او يصلح للعلف فهو من قبيل العيب وحكمه ما ذكرنا
وعلى هذا بيض النعامة اذا وجده فاسدا بعد الكسر يرجع بنقصان العيب لان ماليته باعتبار القشر

فكان نقصه مما ذكرنا وان وجد البعض فاسدا وهو قليل جاز البيع استحسانا لانه لا يخلو عن القليل من الفاسد عادة فلا يمكن التحرز عنه وذلك مثل الواحد والاثنين من كل مائة فليس له ان يخاصم البائع بسببه وان كان اكثر من ذلك اختلفوا فيه فقيل باطل عند ابي حنيفة وعندهما يجوز بحصة الصحيح منه لانه بمنزلة

ما لو فصل ثمنه لانه ينقسم ثمنه على اجزائه كالمكيل والموزون لا على قيمته وقيل العقد لا يجوز عند الكل
لانه يفصل الثمن والاول اصح لما عرف في قواعدهم **قال** ولو باع المبيع فرد عليه بعيب بقضاء يرده
على بايعه ان كان رد عليه بقضاء لان الرد بالقضاء فسخ في حق الكل فيكون كانه لم يبعه وان كان الرد
بالتراضي بغير قضاء القاضي لا يرده على بايعه وقيل في عيب لا يحدث مثله كالاصبع الزايدة يرده للتيقن
به عند البايع الاول والاصح انه لا يرده عليه في الكل لان الفسخ بالتراضي بيع جديد في حق غيرهما اذ لا ولاية
لهما على غيرهما بخلاف القاضي لان له ولاية عامة فينفذ قضاؤه على الكل وهذا اذا كان الرد بعد القبض
وان كان قبله فله ان يرده على بايعه وان كان بالتراضي في غير العقار لان بيع المبيع قبل القبض لا يجوز
فليس له قبل القبض لا يجوز فلا يمكن جعله بيعا جديدا في حق غيرهما فجعل فسخا في حق الكل على ما نبينه في
الاقالة ان شاء الله تعالى وفي العقار واختلاف المشايخ على قول ابي حنيفة والاظهر انه بيع جديد في حق
البايع الاول لان العقار يجوز بيعه قبل القبض عنده فليس له ان يرده على بايعه لانه اشتراه بعد ما
باعه وعند محمد فسخ لانه لا يجوز بيعه قبل القبض عنده وعند ابي يوسف بيع في حق الكل على ما عرف من
مذهبه ولا فرق بين ان يكون قضاء القاضي ببينة او اباء او بنكول لان قضاءه فسخ في حق الكل وقال محمد
لا يرده على بايعه ان رد عليه ببينة لانه انكر قيام العيب فيه فيكون اقرارا منه على انه تسليم **قلنا** قد
صار مكذبا شرعا فبطل اقراره وقال زفر رحمه الله لا يرده على بايعه اذا كان القضاء باقرار او نكول
لان اقراره لا يقبل في حق غيره فلا يكون حجة على بايعه فلا يفسد الفعل فسخا في حقه كالفسخ بالتراضي وهذا
لان القاضي مضطر الى القضاء من جهته فانتقل الفعل اليه لان فعل المكره منسوب الى المكره **قال** لا
ينقل فعل المكره الى المكره الا فيما يصلح آلة له كما في القتل فانه يمكنه ان يأخذه ويضرب به واما في
ما لا يصلح فلا ينقل اليه كما في الاكراه على الطلاق والعتاق لانه يوقعهما بكلامه والمكره مما لا يصلح ان يكون
آلة له فيه اذ لا يتعدى ان يتكلم بلسان غيره والقاضي لا يصلح ان يكون آلة له فلا ينقل اليه فكان فعل المباشر
سبب الفسخ وهو النكول او الاقرار بالعيب كان راضيا بحكم السبب فلا يلزم بايعه **قلنا** المسئلة
مفروضة فيما اذا انكر بالعيب وابى القبول فرده عليه القاضي جبرا والفسخ لا يثبت باقراره ولا بنكوله بل
بقضاء القاضي فينفذ قضاؤه في حق الكافة فكان له ان يرده على بايعه لانه لما فسخ العقد بينهما عاد
اليه قديم ملكه فصار كانه لم يخرج عن ملكه وهذا بخلاف الوكيل بالبيع اذا رد عليه بالعيب بقضاء القاضي
حيث يكون ردا على الموكل لان البيع فيه واحد وقد فسخ والموجود هنا بيعان فيفسخ احدهما ولا ينفسخ الاخر
فاذا عاد اليه قديم ملكه كان له ان يرده لظهور الفسخ في حق الكافة على ما بينا ولا يقال لو كان القضاء
فسخا في حق الكافة لبطل حق الشفيع بدون الشفعة ولكان لابي البايع يد في ولد المبيعة المولود عند المشتري

بطل الفسخ او بعده فيها
اذا كان المبيع في يده
حتى يبطلت حق الموهوب له
على المشتري لارتفاع العقد
من الاصل فكانه لم يبع لانا
نقول حكم الفسخ يظهر فيما
يستقبل لا فيما مضى وعنده
الاحكام وهي ثبوت حق
الشفعة وسقوط دعوى
الاب وبراءة ذمة المحيل
كانت ثابتة قبل الفسخ
بالبيع او بالحوالة

فلا تسقط بالفسخ الا ترى ان الواهب اذا رجع في الهبة كان فسخا في حق ما يستقبل من الاحكام لا في
حق ما مضى حتى لا تجب على الواهب زكوة ما مضى من السنين وقال شيخ الاسلام قول القايل بان
الرد بالقضاء فسخ للعقد وجعل له كانه لم يكن متناقض لان العقد اذا جعل كان لم يكن جعل
الفسخ ايضا كان لم يكن لان فسخ العقد بدون العقد لا يكون فاذا انعدم العقد من الاصل انعدم
الفسخ من الاصل فاذا انعدم الفسخ عاد العقد لانعدام ما ينافيه فيتمكن في هذه الدعوى دور وتنا
قض من هذا الوجه ولكن يقال يجعل العقد كان لم يكن في حق المستقبل دون الماضي **قال**
١٧٢ ولو قبض المشتري المبيع وادعى عيبا لم يجبر على دفع الثمن ولكن يبرهن او يحلف بايعه اي
لم يجبر المشتري على دفع الثمن بعد دعوى العيب لاحتمال ان يكون صادقا فيه فلا يجب عليه
دفع الثمن لانه لو اجبر واخذ منه الثمن فربما يثبت للمشتري العيب لاحتمال ان يكون صادقا
فيه فيسترد من البايع فيكون اشتغالا بما لا يفيد وفيه نقض القضاء فلا يصار اليه حتى يتبين
حاله ولان المشتري ينكر وجوب دفع الثمن عليه حيث انكر تعيين حقه بدعوى العيب وكان
وجوب دفع الثمن اولا ليتعين حق البايع فيه بازاء تعين حق المشتري في المبيع وقوله
ولكن يبرهن اي يقيم البينة لاثبات العيب وكيفية اثباته يقيم البينة اولا ان العيب
الذي يدعيه وجد بالمبيع عنده اي عند المشتري لانه اذا لم يوجد العيب عنده ليس له ان
يرده بالعيب وان كان عند البايع لاحتمال انه زال فاذا لم اقام البينة انه وجد فيه عنده
يحتاج الى اقامة البينة ثانيا ان هذا العيب انه كان عند البايع لاحتمال انه حدث عنده فلا يستحق
الرد عليه فاذا اثبت انه كان فيه عند البايع فسخ العقد بينهما لثبوته في الحالين عنده وعند البايع
وصورة التحليف ان يحلف البايع ان هذا العيب لم يكن فيه عندك وذلك بعد اقامة المشتري
البينة انه وجد فيه لان البايع لا ينتصب خصما حتى يقيم المشتري البينة على قيام العيب في الحال
على ما بينا ولو لم يكن للمشتري بينة على وجود العيب عنده وقيامه في الحال هل يحلف المشتري
على قول ابي يوسف ومحمد يحلف لانه لو اقر به لزمه فاذا انكره يحلف ولان الدعوى معتبرة
حتى يترتب عليها البينة فكذا التحليف عند العجز عنها فاذا حلف برئ وان نكل ثبت قيام العيب
في الحال ثم يحلف ثانيا على ان هذا العيب لم يكن فيه عنده فان حلف برئ وان نكل فسخ العقد بينهما
لثبوت العيب في الحالين على ما بيناه في البينة وان اختلف المشايخ على قول ابي حنيفة فقال بعضهم
يحلف لما ذكرنا وقال بعضهم لا يحلف وهو الاصح لان الحلف يترتب على دعوى صحيحة ولا تصح الدعوى
الا من خصم ولا يصير خصما فيه الا بعد قيام العيب عنده ولا يلزم من ترتب البينة ترتب اليمين كما في

الحكم وهذا لان البينة
للالزام فلا يشترط فيها
تقدم الدعوى واليمين لقطع
الخصومة فلا بد من الدعوى
الصحيحة وذلك بقيام العيب فيه
لان التحليف شرع لدفع الخصومة
المحققة لا لانشائها ولو حلف
البايع هنا

لا تنقطع الخصومة بينهما بل تنشأ لانه اذا نكل يثبت قيام العيب به في الحال ثم تنشأ خصومة اخرى

فيحلف ثانيا انه لم تكن عنده على ما بينا ويرد عليه هذا مسئلة الشفعة وهي ان الشفيع اذا تقدم

الى القاضي يطلب الشفعة فان القاضي يسأل المدعا عليه عن التي يشفع بها فان اقر بانها ملكه صار

خصما فيساله هل ابتاع ام لا وان لم يقر ولم يكن للشفيع بينة انها ملكه استحلف المشتري انه ما

يعلم انها ملكه فان نكل يثبت انها ملكه ثم تنشأ خصومة اخرى فان القاضي يسأله هل ابتاع ام لا

وهذا تحليف لانشاء الخصومة ذكره القدوري ولم يجب محمد فيه خلافا والله اعلم قال وان

قال شهودي بالشام دفع ان حلف بايعه اي اذا قال المشتري شهودي في الشام استحلف فيه

اصحابه اذا لم يذكره على ايى ... يحلف ... عدم العلم بقيام العيب عند المشتري او على عدم قيامه عنده

او عليهما البايع فان حلف دفع اليه الثمن لان في الانتظار ضررا بالبايع وليس في دفع الثمن اليه كبير

ضرر على المشتري لانه على حجته متى اقام البينة رد عليه المبيع واخذ منه الثمن وان نكل البايع لزم البيع

لانه حجة فيه بخلاف الحدود حيث لا يكون النكول فيها حجة ولهذا لم يحلف فيها وكيفية التحليف ما بيناه

قال فان ادعى اباقا لم يحلف بايعه حتى يبرهن المشتري انه ابق عنده فان برهن حلف بالله

ما ابق عندك قط اي اذا ادعى المشتري ان العبد الذي اشتراه ابق فانكر البايع واراد المشتري تحليفه

لا يحلف البايع حتى يقيم المشتري بينة انه ابق عنده نفسه فان اقام حلف لما ذكرنا ان البايع لم ينتصب خصما

حتى يثبت المشتري ان العيب وجد عند المشتري وهذا قول ابو حنيفة وعندهما يحلف وقد بيناه انفا

وقوله ما ابق عندك قط فيه ترك النظر للمشتري والاصح ان يحلف بالله ما ابق قط او بالله ما يستحق

عليك رده من الوجه الذي ذكره او بالله لقد سلمه وما به هذا العيب لانه يحتمل انه باعه وقد كان

ابق عند غيره وبه يرد عليه وفيما ذكره ذهول عنه ولو كان الدعوى في اباق العبد الكبير يحلف

بالله ما ابق منذ بلغ مبلغ الرجال لان الاباق في الصغير يزول بالبلوغ فلا يوجب الرد على ما بيناه من قبل

ولا يحلف بالله لقد باعه وما به هذا العيب لانه قد يحدث بعد البيع قبل التسليم فهو يوجب الرد وكذا لا

يحلف بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب لانه يتوهم تعلقه بالشرطين فيتناوله في اليمين عند قيامه

في احدي الحالتين وهي حالة التسليم وانما كان التحليف على البتات هنا وان كان التحليف على فعل الغير على

العلم لان البايع يدعي تسليمه سليما فيكون مدعيا للعلم به فيحلف على ما يدعي الا ترى ان المودع لو

قال ان المودع قبض الوديعة يحلف على البتات لادعائه العلم بذلك وان كان القبض فعل غيره وكذا

الوكيل لو ادعى انه لا علم له به وهذا في العيوب التي لا تظهر للقاضي ولا يعرف اهي حادثة عند المشتري ام لا

وان العيوب التي لا تحدث مثلها كالاصبع الزائدة او الناقصة فان القاضي يقضي بالرد من غير تحليف

تمام العيب الحال
الاطباء فيقبل في
اذا انكر البايع يقول
كوجع الكبد والطحال
والثاني ما لا يعرفه الا الاطباء
للحاكم ... ما ذكرنا
احدها ان يكون ظاهرا
... ان العيوب انواع
... [illegible]

وتوجه

وتوجه الخصومة بقول واحد منهم عدل ثم لا بد من عدلين لاثباته عند البايع فيرد عليه اذا لم

يدع الرضا به والثالث الذي لا يعرفه الا النساء كالرتق والقرن فيقبل في قيامه للحال قول امرأة

واحدة ثقة ثم ان كان بعد القبض لا يرد بقولهن بل لا بد من تحليف البايع وان كان قبله فكذلك عند محمد

وعند ابو يوسف يرد بقولهن من غير يمين البايع والرابع عيوب غير ظاهرة للقاضي ولا يختص بمعرفتها

الاطباء ولا النساء كالاباق ونحوها فحكمها ما ذكرناه قال والقول في قدر المقبوض للقابض

لانه هو المنكر حتى اذا رد المشتري بعيب جارية او عبيد بعد القبض فقال البايع كنت بعتك غيره

معه وقال المشتري بعتنيه وحده فالقول قول المشتري لان القول للقابض امينا كان او ضمينا كالغاصب

والمودع ولان البايع يدعي بقاء بعض الثمن في ذمته وهو حصة الاخر والمشتري ينكره

فالقول قول المنكر مع يمينه وكذا لو اتفقا على مقدار المبيع واختلفا في المقبوض لما بينا قال

ولو اشترى عبدين صفقة فقبض احدهما ووجد باحدهما عيبا اخذهما او ردهما يعني ليس له ان

يرد المعيب ويأخذ السليم بل يأخذهما او يردهما لان في اخذ احدهما تفريق الصفقة قبل التمام لان

الصفقة تتم بقبضهما والتفريق في القبض كالتفريق في القبول لان القبض له شبهة بالعقد لكونه

مفيدا ملك التصرف ومؤكد الملك الرقبة وعن ابو يوسف انه اذا وجد العيب بالمقبوض له ان يرده

وحده لان الصفقة تمت فيه لتناهيها فيه قلنا تمام الصفقة تعلق بقبض المبيع وهو اسم للكل

فلا يقبل التجزي في الاتمام الا ترى ان حبس المبيع لما تعلق بالنقد بقبض الثمن لا يسقط الا بقبض كله

ويبقى ببقاء جزء فكذا اتمام الصفقة لما تعلق بقبض المبيع لا يتم ببقاء جزء منه اذ هي لا تقبل التجزي في

هذا المعنى ولو قبضهما ثم وجد باحدهما عيبا رد المعيب وحده وقال زفر ليس له ان يرده وحده

لان فيه تفريق الصفقة ويتضرر البايع به لان العادة جرت بضم الجيد الى الرديء فاشبه ما قبل القبض

وخيار الشرط والرؤية ولنا انه تفريق الصفقة بعد التمام لان الصفقة تتم بالقبض لان العيب لا يمنع تمام

الصفقة فيكون الفسخ بعده ابتداء في ملك المشتري من كل وجه فلا يمنع التفريق فيقتصر على ما وجد فيه

علة الرد الا ترى انه لو استحق احدهما بعد القبض لم يتخير في الباقي لتمامها بالقبض وان استحق قبله كان

له ذلك كيلا تتفرق عليه الصفقة قبل التمام بخلاف خيار الشرط والرؤية لان الصفقة لا تتم معهما وان

كان بعد القبض لعدم تمام الرضا وتضرر البايع من قبل تدليسه فلا يعتبر في حق المشتري كذا ذكر خلاف

زفر في المبسوط وغيره وذكر في المختلف ان له ان يفرق قبل القبض اذا وجد باحدهما العيب عند زفر

كما لو وجد به عيب بعد القبض فانه يرده خاصة فكذا قبله وهذا مشكل وفيه تفاوت كثير فانه اذا امتنع

التفريق بعد القبض وقد تم العقد فيه كان قبله اولى لان الصفقة لم تتم هذا اذا كان كل واحد منهما

بدونه لا ينتفع بكل ... للعيب
احدهما الاخر فيه ... له
بعد القبض فان كان
زوجي ثور فوجد باحدهما
بالاجماع وعلى هذا الوا...
الاخر وان كان بعد ...
ليس له ان يرد احدهما
كزوجي الباب ومصراعي
باحدهما دون الاخر
الانفراد وان كان لا ينتفع
بكل الانتفاع بها

١٧٢

قال ولو وجد ببعض الكيلي او الوزني عيبا رده كله او اخذه بعيبه اذا كان من نوع واحد
لان المكيل والموزون اذا كان من جنس واحد كشيء واحد حكما وتقديرا وان كان اشياء حقيقة لان المالية
والتقوم في المكيلات والموزونات باعتبار الاجتماع والانضمام اذ الحبة الواحدة ليست بمتقومة حتى لا يجوز
بيعها فاذا كانت المالية باعتبار الاجتماع صار الكل في حق المبيع كشيء واحد ولهذا يسمى باسم واحد
وهو الكر ونحوه وكذا جعل رؤية بعضه كرؤية كله كالثوب الواحد فاذا كان كالشيء الواحد ليس له ان
ياخذ البعض سواء كان قبل القبض او بعده كالثوب الواحد اذا وجد ببعضه عيبا بخلاف العبدين على
ما بينا ولا فرق بين ما اذا كان في وعاء واحد او وعائين وقيل اذا كان في وعائين يكون بمنزلة عبدين
حتى يرده الوعاء الذي وجد فيه العيب وحده قال رحمه الله ولو استحق بعضه لم يخير في رد ما
بقي ولو ثوبا خير يعني لو استحق بعض المكيل او الموزون لم يخير في رد الباقي ولو استحق بعض
الثوب خير في رد ما بقي لان الشركة في المكيل والموزون لا يعد عيبا لان التبعيض لا يضرهما
والاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة لان العقد حق العاقد وتمامه برضى العاقد لا برضا المالك بخلاف
الثوب حيث يثبت له الخيار فيما اذا استحق بعضه لان التشقيص فيه عيب وقد كان وقت البيع
فيه رده وهذا اذا كان بعد القبض واما اذا استحق بعض المكيل او الموزون قبل القبض فله
ان يرد ما بقي لتفرق الصفقة على المشتري قبل التمام قال واللبس والركوب والمداواة
رضا بالعيب لانه دليل استبقائه وامساكه وكذا الاجارة والرهن والكتابة والعرض على البيع
والسكنى بخلاف خيار الشرط فان اللبس ونحوه ليست دليل اختياره الملك فيه فان الاختيار
هناك مشروع للاختبار والركوب واللبس مرة يحتاج اليه للاختبار فلم يجعل اختيارا للاجارة
لفات فائدة خيار الشرط واما خيار العيب فلم يشرع للاختبار وانما شرع للرد ليصل الى راس
ماله عند العجز عن الوصول الى الجزء الفائت فاذا تصرف فيه تصرفا لا يحل الا بالملك جعل متمسكا
بعقده دليل الامساك والرضا قال رحمه الله لا الركوب ليسقي او للرد او ليشتري العلف اي
لا يكون الركوب ليسقيها الماء او ليردها على البايع او ليشتري لها العلف رضا بالعيب وهذا استحسان
لانه محتاج اليه وقد لا ينقاد ولا ينساق فلا يكون دليل الرضا الا اذا ركبها لحاجة نفسه وقيل
تاويله اذا لم يكن له بد من الركوب بان كان العلف في عدل واحد او لا ينساق ولا ينقاد وقيل الركوب
للرد لا يكون رضا كيف ما كان لانه سبب الرد ولغيره يكون رضا الا عند الضرورة قال رحمه الله
ولو قطع المقبوض بسبب عند البايع رده واسترد الثمن معناه لو اشترى عبدا قد سرق ولم يعلم
بها فقطع عند المشتري له ان يرده وياخذ الثمن وهذا عند ابي حنيفة وقالا رحمهما الله ليس له
ان يرده ولكنه يرجع بالنقصان وهذا الخلاف فيما اذا قتل بسبب كان عنده لهما ان القطع غير
الوجوب فكان بمنزلة عيب حادث عند المشتري فتعذر الرد ويرجع بالنقصان كما اذا اشترى جارية
حبلى فماتت في يد

المشتري بالولادة فانه يرجع بالنقصان فكذا هذا وهذا لان الموجود في يد البايع سبب القطع
وانه لا ينافي المالية فينعقد البيع فيه لكنه متعيب وتحدث فيه عيب فيرجع بنقصانه وهو ما بين
قيمته سارقا الى غير سارق بان يقوم سارقا وغير سارق فيرجع بفضل ما بينهما من الثمن
وعلى هذا الخلاف اذا قتل بسبب وجد في يد البايع من قتل نفس او قطع طريق او ردة لان وجوبه
لا ينافي المالية ولهذا يقع البيع صحيحا ولو مات في يد المشتري يتقرر الثمن عليه ولو تصرف
فيه ينفذ تصرفه ولابي حنيفة رضي الله عنه ان سبب الوجوب وجد في يد البايع والوجوب يفضي
الى الوجود فيكون الوجود مضافا الى السبب السابق فصار كما اذا قتل المغصوب بعد الرد
بجناية وجدت في يد الغاصب وروى ابن سماعة عن ابي حنيفة انه لو اشترى جارية حبلى فولدت
عند المشتري وماتت من الولادة يرجع بجميع الثمن ولم يحك فيه خلافا قلنا ان يمنع وليئن
سلم فالسبب الذي عند البايع يوجب انفصال الولد الى موت الام اذ الغالب في الولادة السلامة
منه ولو مات بسبب القطع عند المشتري يرجع بنصف الثمن لان اليد من الآدمي نصفه فيجب
عليه من بدله بحسابه لانها هي المستحقة بالسرقة والنفس غير مستحقة في يد البايع الا انها
تتلف ولا تقطع في البرد الشديد ولا في الحر الشديد توقيا عن الهلاك فيقبض المشتري لا ينقض
عن النقص وان سرى الى النفس بخلاف ما اذا قتل عنده بسبب يوجب القتل عند البايع لان النفس
صارت مستحقة في يد البايع فينتقض به قبض المشتري فيرجع بالثمن ولو اختار المشتري ان يمسك
العبد رجع بنصف الثمن لان القطع كان بسبب عند البايع لا لاستحقاق فلا يمنع الرجوع بالثمن عند
اختيار الاخذ بخلاف العيب على ما بيناه ولو سرق عند البايع ثم عند المشتري فقطع بهما يرجع
بالنقصان عندهما على الوجه الذي بينا وعنده لا يرده بغير رضا البايع بالعيب الحادث عنده و
لكن يرجع بربع الثمن لان اليد قطعت بهما فيرجع بقدر ما فات بسبب ما كان في يد البايع و
ان رضي البايع باخذه يرجع بثلاثة ارباع الثمن ويسقط الربع لانه فات بسبب كان في يد المشتري
فلا يرجع به على احد ولو تداولته الايدي فقطع عند الاخير او قتل يرجع الباعة
بعضهم على بعض عند ابي حنيفة وعندهما يرجع الاخير على بايعه بالنقصان ثم هو لا يرجع
على بايعه واصل الخلاف ان القطع او القتل بسبب كان في يد البايع استحقاق عنده
وفيه يرجع الباعة بعضهم على بعض حتى ينتهي الى الاول وعندهما عيب فيه
يرجع من لم يفت الرد بالبيع وهو الاخير على بايعه ثم هو لا يرجع على بايعه
قبل امتناع الرد برضاه وثمرة الخلاف تظهر في هذا وفيما اذا اشتراه وهو
عالم بوجوب القتل او القطع فانه لا يبطل حقه عنده لان العلم بالاستحقاق لا

ولو مات بعد القطع فمنصف انقضائه ان يرجع بنصف الثمن عنده الا انه لا استحقاق على ما بيناه

لانه ليس بالرد بالبيع صح صح

١٧٤

لايمنع الرجوع وعندهما يبطل حقه لان العلم بالعيب رضا به وفيما اذا اعتقه
المشتري ثم قتل او قطعت يده به فانه لايرجع عليه بشي لعدم فوات
المالية به وعندهما يرجع بالنقصان على ما بيناه من قبل ولا يقال ينتقض قول
ابي حنيفة بما اذا اشترى عبدا مريضا ومات عنده وبما اذا قطع عند البايع ثم
باعه ومات عند المشتري به وبما اذا زنى عند البايع ثم باعه وجلد عند المشتري
فمات به حيث لايرجع في هذه المواضع الا بالنقصان عنده مثل قولهما وان مات
بسبب كان عند البايع لانا نقول المريض والمقطوع عند البايع ماتا بزيادة
الالام وتمادتهما عند المشتري وهي لم توجد عند البايع وزنا العبد
يوجب الجلد والقتل غيره فلا يواخذ البايع بما لم يكن عنده بخلاف ما
تقدم قال رحمه الله ولو برئ من كل عيب صح وان لم يسم الكل ولا
يرد بعيب وقال الشافعي رضي الله عنه لايصح الان يعد العيوب وفي
جواز البيع بهذا الشرط له قولان وعدم صحة البراة من كل
عيب عنده بناء على ان الابرا عن الحقوق المجهولة لا تصح عنده لان في الابرا
معنى التمليك حتى يرتد بالرد ولا يصح تعليقه بالشرط وتمليك المجهول
لا يصح كبيعه ونحن نقول هذه الجهالة لاتفضي الى المنازعة فلا يمنع
الصحة وكان ابن ابي ليلى يقول لاتصح البراة من العيب مع
التسمية ما لم يره المشتري وقد جرت بينه وبين ابي حنيفة
رضي الله عنه في مجلس ابي جعفر الدوانقي فقال له ابو حنيفة
رضي الله عنه ارايت لو باع جارية في موضع المازي منها عيب او
غلاما في ذكره عيب اكان يجب على البايع ان يري المشتري
ذلك الموضع منها او منه ولم يزل يحمل به هكذا حتى
افحمه وضحك الخليفة وقال محمد رحمه الله لايدخل
فيه العيب الحادث قبل القبض وهو قول زفر رضي الله عنه
لان البراة تتناول الثابت قلنا الغرض فيه الزام العقد باسقاط
حقه عن صفة السلامة وذلك بالبراة عن الموجود والحادث
وهذا لاحق له قبل البايع وقت البيع ليملكه او يتسبب به

بل هذا

بل هذا ايبان لاتحاد العقد على وجه لايوجب استحقاق السلامة والعقد قابل
لذلك كما لو اشترى معيبا وهو يعلمه وهذا بناء على انه لو باع بشرط البراة
من كل عيب تحدث به بعد البيع قبل القبض لايصح عند محمد رحمه الله لانه قبل وجود
سببه كالابرا عن كل حق قبله فانه يدخل فيه الحق القايم لاغير وعند ابو يوسف
رضي الله عنه يصح لان غرضهم اتحاد العقد على وجه لايستحق فيه سلامة المبيع عن
العيب ولو شرط من كل عيب به لم ينصرف الى الحادث في قولهم جميعا لانه خص الموجود
وقت العقد بالبراة والله اعلم تم الجزو الثاني
من كتاب الزيلعي بحمد الله وعونه و
حسن توفيقه على يد اضعف العباد واحوجه
الى مغفرة ورحمة ربه الفقير جاز ابن شيخ علي
ابن الطالي في مدينة حمص غفر الله له ولوالديه
اللهم اجعلني في زمرة العلماء والانبياء
والاولياء والصالحين امين يا رب العالمين
ويرحم الله لمن نظر فيه وقرا ويدعو المصنف ولكاتبه ولساير المسلمين كما قال الله
تعالى ربكم ادعوني استجب لكم احمد حامدا لله ومصليا على نبي الرحمة و
وشفيع الامة وصلى الله على سيدنا محمد خاتم النبيين
وعلى اله وصحبه اجمعين امين امين
وصار الفراغ من جزو الثاني من كتاب الزيلعي في نهار الثلثا تاسع شهر جمادي الاولى
سنة سبع وخمسين وثمانيه